الدكتور
عز الدين مصطفى المحجوب
محاضر بكلية القانون بجامعة نيو إنجلاند

معوقات
الضمانات المصرفية المستقلة

دراسة تحليلية مقارنة في اثر الغش و التعسف على فعالية الإعتمادات المستنديه و خطابات الضمان



معوقات الضمانات المصرفية المستقلة

معوقات الضمانات المصرفية المستقلة

دراسة تحليلية مقارنة في أثر الغش والتعسف على فعالية الإعتمادات المستندية وخطابات الضمان

الدكتور

عز الدين مصطفى المحجوب

محاضر بكلية القانون بجامعة نيو إنجلاند

الطبعة الأولى

2017م



المملكة الأردنية الهاشمية
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(2016/12/5795)

332
المحجوب، عزالدين مصطفى
معوقات الضمانات المصرفية المستقلة/ عزالدين مصطفى المحجوب/ ، عمان ، دار أمجد للنشر والتوزيع،2016.
( ) ص
ر.إ: 2016/12/5795
الواصفات: /المصارف// النقود //الإقتصاد

ردمك : ISBN:978-9957-99-498-3





المقدمـــة

تلعب البنوك دوراً جوهرياً في تحقيق التنمية بجميع أشكالها، البشرية، والمادية، منهـا، وذلك باعتبارها ملاذا لتركيز الأموال، وإعادة توظيفها بطرق مختلفة. ومما يؤكد حيوية دور البنوك هذا، أن الأزمة المالية العالمية التى عصفت بالإقتصاد العالمي، وحدّت من نموه بدأت بسبب البنوك، وانتهت عند البنوك.

ومن جملة الأعمال التى تقوم بها البنوك في سبيل توظيف الأموال المجمعة لديها: تأمين العمليات التجارية عموما، وفي ميدان التجارة الدولية علي وجه الخصوص، فهي تقوم بإصدار ضمانات مصرفية مستقلة تمثل شريان الحياة للتجارة الدولية[1].

فمن العمليات الأساسية التى يقوم عليها نشاط البنك إصدار خطابات الضمان لتأمين حسن التنفيذ في عقود التجارة الدولية، لاسيما في عقود المقاولات وعقود التوريد الدولية، فهي تطمئن المستفيد منها، أن المتعهد بالتنفيذ سيقوم بأداء التزامه المتفق عليه، أو أنه سيحصل علي مبلغ مإلى بصورة فورية من البنك مُصدر خطاب الضمان.

وإلى جانب خطابات الضمان تقوم البنوك بفتح اعتمادات مستندية وفقا لصور مختلفة أبرزها الاعتماد المستندي القطعي، والذي يلعب دورا جوهريا في ضمان تنفيذ التزام البائع، والمشتري في عقود البيع الدولية.

---

[1] Bassil Coutsoudis, *Letters of Credit in International Trade* (Basil Coutsoudis and Associates, 2012)

ويتميز كل من خطاب الضمان، والاعتماد المستندي القطعي بالقوة، والاستقلال عن العقد الذي صدرا من أجله، ومن هنا جاء وصفهما بأنهما ضمانات مصرفية مستقلة، وقد رأينا التقديم لهما بدراسة موجزة ضمن (مبحث تمهيدي) تحت عنوان الملامح العامة للضمانات المصرفية المستقلة.

وقد كشف العمل بهذه الضمانات عن وجود معوقات رأي القضاء في الكثير من الدول أنها تؤثر غلي فعإلتها. وتقع هذه المعوقات بفعل المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة، وترتد عليه أيضا آثارها السلبية.

فربما يستغل المستفيد ما تتمتع به الضمانات المصرفية المستقلة من قوة، وفعالية، واستقلال عن الالتزام المضمون، ويحاول طلب صرف مبلغها بالمخالفة لمقتضيات حسن النية.

وسوء نية المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة قد يظهر بشكل واضح، وصريح عندما يلجأ إلى وسائل احتيالية بارتكاب الغش وصولا إلى الحصول على مبلغ الضمانة، فإذا ما تحدد غش المستفيد وفقا لمقتضيات معينة، فما هو أثره علي مبدأ الاستقلال عصب الضمانات المصرفية المستقلة (الفصل الأول).

وقد يستغل المستفيد قوة، وفعالية الضمانات المصرفية المستقلة، ويسيء استخدام حقه في طلب صرف مبلغها بحيث يمارس هذا الحق بصورة تعسفية تجعله تحت طائلة أحكام النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق. ليتجدد التساؤل أيضا عن محددات تعسف المستفيد، وأثاره (الفصل الثاني).

وتبرز أهمية طرح موضوع معوقات الضمانات المصرفية المستقلة للدراسة والبحث من ناحيتين: أهمية عملية، وأخري نظرية.

بالنسبة للأهمية العملية فتتمثـل في تقـديم إيـضاح للمـشتغلين بالـضمانات المـصرفية المستقلة عن الأسس التى يقوم عليها الغش، والتعـسف كمعـوقين لهـذه الـضمانات، وكـذلك مـا يترتب عليهما من آثار في حال وقوعهما لاسيما في ظل عدم وجود تنظيم لهذه المعوقات سـواء في القوانين المحلية[1]، أو في القواعد، والأعراف الدولية.

وأما فيما يتعلق بالأهميـة النظريـة فـإن هـذا البحـث يـأتي في محاولـة لإثـراء المكتبـة العربية، والتى تعاني قلة واضحة في الكتابات التى تتناول أيا مـن هـذه المعوقـات وحتـى بعـض الكتابات علي قلتهـا التـى أشـارت إلى أحـد المعوقـات (الغـش) فإنهـا لم تـشر إلى المعـوق الآخـر (التعسف)، وحتى أن أشارت إليه فإنها تتناوله باعتباره مرادفا للغش، كما أن تناولها للغش يظل قاصرا باعتبار أن معظمها أشار فقط للغش في الاعتمادات المـستندية والتـى تعـد أحـد تطبيقـي الضمانات المصرفية المستقلة.

وغرض هذا البحـث هـو محاولـة تـسليط الـضوء عـلي كـل مـن الغـش، والتعـسف في الضمانات المصرفية المستقلة باعتبار أن كلاً منهما معوقاً مستقلاً عن الآخـر، ودراسـة كـل مـنهما بصدد تطبيق الضمانات المصرفية المستقلة، بحيث نوضـح مـا الـذي يعـد غـشا، ومـا الـذي يعـد تعسفا في كل من خطابات الضمان من جهة، والاعتمادات المستندية مـن جهـة أخـرى، مـدعمين دراستنا بتحليل نصوص القواعد العامة المتعلقة بالغش، والتعسف، والسوابق القـضائية المقارنـة ومنشورات غرفـة التجـارة الدوليـة ببـاريس، ولا غنـي بطبيعـة الحـال عـن الاتجاهـات الفقهيـة الحديثة، وذلك وفقا للخطة التالية:

[1] باستثناء القانون التجاري الأمريكي الموحد (U.C.C) كما سوف نوضحه في موضعه.

مبحث تمهيد: الملامح العامة للضمانات المصرفية المستقلة

المبحث الأول: مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة

المبحث الثاني: تطبيقات الضمانات المصرفية المستقلة

الفصل الأول: الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

المبحث الأول: محددات الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

المبحث الثاني: آثار الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

الفصل الثاني: التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

المبحث الأول: محددات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقله وآثاره

المبحث تمهيدي

الملامح العامة للضمانات المصرفية المستقلة

تتضح الملامح العامة للضمانات المصرفية المستقلة من خلال سبر أغوار مبدأ الاستقلالية الذي يمثل جوهر هذه الضمانات[1]، وذلك من خلال بيان مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة (المطلب الأول)، وكذلك تحديد تطبيقاتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة

تحديد مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة ليس بالأمر الهين لتعدد صورها، وانعدام تعريف موحد بإمكانه شمول مختلف هذه الصور،[2]بيد أن ذلك لا يمنع من محاولة الإحاطة بمفهومها ببيان مضمونها (أولاً)، وأساس استقلالها (ثانياً) وصولا إلى الروابط المشتركة بينها (ثالثاً).

أولاً: تحديد مضمون الضمانات المصرفية المستقلة[3]

كما أشرنا أعلاه فإن الضمانات المصرفية المستقلة تأتي لضمان عقود التجارة الدولية علي وجه الخصوص، سواء في صورة ضمان دفع المقابل النقدي

---

[1] Jeffrey.J. Brown, ‘The Fraud Exception To Stand By Letter Of Credit’, Bond University Law Review (1998).

2 الأطرش محمد "الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية" منشورات كلية العلوم القانونية مراكش 1966، ص25.

3 قارن المادة الثانية من اتفاقية الانسترال بخصوص خطابات الضمان المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة، صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1995/12/11.

لعقد بيع أو توريد أو غير ذلك، أو ضمان حسن تنفيذ الالتزامات في طائفة بعينها من العقود لاسيما عقود المقاولة.

ويمكن تحديد مضمون الضمانات المصرفية المستقلة بالقول بأنها عمليات مصرفية ذات طابع عقدي قائمة علي أساس الائتمان الشخصي للبنك بحيث يلتزم بصورة الية ومباشرة تجاه الدائن (المستفيد) بغض النظر عن التطورات التى قد تطرأ بخصوص العملية العقدية التي نشأت الضمانة لتأمينها (The underlying transaction) فبموجب الضمانات المصرفية المستقلة يظل التزام البنك قائما في مواجهة الدائن (المستفيد) حتى لو تعرض العقد المضمون للبطلان أو الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو غير ذلك[1].

ومن جهتنا نرى أن في إطار هذا التحديد تتبلور الضمانات المصرفية المستقلة، ويتجاوز بذلك الطروح الأخرى التى ينادي بها البعض بنعتها بالضمانات العقدية ثارة، والضمانات المجردة ثارة أخري[2] حيث حدد المعالم الرئيسية لهذا النوع من العمليات المصرفية وذلك:

- باعتبارها من العمليات العقدية، حيث أن علاقة البنك بالدائن (المستفيد) علاقة عقدية مستقلة قائمة علي المبادئ التقليدية للنظم العقدية، وخاصة مبدأ سلطان الإرادة الذي يبرر قوتها الملزمة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ووجوب تنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية، فهذه المبادئ جميعها تجد مجال انطباقها الكامل، والفعال في أطار

---

[1] عادل إبراهيم السيد، مدي استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1998، ص14.

[2] الأطرش محمد، المرجع السابق، ص26.

الضمانات المصرفية المستقلة سواء تلك التى تضمن الدفع، أو التى تضمن حسن التنفيذ.

- وكذلك فإن الضمانات المصرفية المستقلة قائمة علي الائتمان الشخصي للبنك، فهي لا تعتمد تقنيات الضمان العيني القائمة علي تخصيص جزء من الذمة المالية وفاء بالدين، وإنما تعتمد تقنيات الضمان الشخصي القائمة علي تعدد الذمم[1] بحيث تتضافر ذمة البنك مع ذمة عميله (المدين في العقد المضمون) في ضمان حسن تنفيذ الالتزام.
- كما أن التزام البنك، وفقا لهذا التعريف، ذاتي و غير تبعى، فالتزم البنك في مواجهة الدائن (المستفيد) متميز عن التزام المدين(العميل الآمر) في مواجهة الدائن (المستفيد). حيث أن محل التزام البنك يتمثل بأداء مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب الدائن (المستفيد) ذلك ،وهذا الالتزام متميز عن محل المدين (العميل الآمر) في مواجهة الدائن (المستفيد) طبقا للعقد المضمون.
- وفى هذا تختلف الضمانات المصرفية المستقلة عن الكفالة التي تتمحور فيها التزامات الكفيل، والمكفول في إطار الالتزام الأصلي بحيث يكون محل التزام الكفيل، والمدين المكفول واحدا، فيلتزم الكفيل بأداء مبلغ الالتزام الأصلي للدائن إذا لم يف به المدين[2]، وهذا ما يبرر نظرية الاحتجاج بالدفع في الكفالة بحيث يملك الكفيل أن يدفع في مواجهة

---

[1] بخصوص تقنيات الضمان العيني، والضمان الشخصي، انظر استأذنا الدكتور الحبيب خليفه جبودة، محاضرات في القانون المصرفي، ألقيت علي طلبة القانون الخاص بدبلوم الدراسات العليا العام الجامعي 2008/2007.

[2] نبيل إبراهيم سعد"التأمينات الشخصية" بدون ناشر، 2000، ص 194.

الدائن بالحجج المستمدة من الإلتزام الأصلى في حين لا يملك البنك الضامن التمسك بدفوع علاقة الأساس بين المدين(العميل الآمر)، وبين الدائن(المستفيد).

وهذه هي الخطوط العريضة لمبدأ "استقلال الضمانات المصرفية" (principle of independence in banking guarantees) والذي حان الوقت للتعرف على أساسه.

ثانيا/أساس استقلال الضمانات المصرفية المستقلة[1]

بداية نشير إلى أن مبدأ استقلال الضمانات المصرفية يتجسد في كون "الالتزام الواقع على كاهل البنك الضامن بالدفع للدائن(المستفيد) مستقل تماما عن الحقوق اوالالتزامات المتولدة عن عقد الأساس"[2].

ونقصد ببيان أساس استقلال الضمانات المصرفية محل البحث الإجابة عن سؤال مفاده: لماذا هي ضمانات مستقلة؟ ولإعطاء إجابة واضحة

---

[1] تؤكد على مبدأ استقلال الضمانات المصرفية غرفة التجارة الدولية (I C C) في القواعد الموحدة لخطابات الضمان الكتيب رقم 1992/458 إذا تنص المادة 2/ب "الضمانات بطبيعتها عمليات مستقلة عن العقود التي كانت أساسا لها"

" Guarantees by their nature are separate transation from the contract … which they may based"

وكذلك بخصوص الاعتمادات المستندية في التشرة رقم 2007/600، إذا نص في المادة الثالثة " الاعتمادات المستندية منفصلة عن عقود البيع والعقود الأخرى التي تكون أساساً لها.

"Credits by their nature, are separate transaction from the sale or other contracts which they may based"

[2] The independence principle decrees that the obligation of the issing bank to pay the beneficiary is independent of the rights and obligation of the parties in the underlying transaction. See Paul, S, Turner, stand dy letter of credit, California Bar journal, p,4.

عن هذا السؤال لابد من تحليل الروابط المتداخلة مع عملية الضمان المصرفي المستقل، وصولا إلى بيان مبرر مبدأ الاستقلال.

أ/تحليل الروابط:

الضمانات المصرفية المستقلة وان كانت عملية عقدية قائمة بذاتها إلا أنها تتداخل مع علاقات عقدية أخرى تربط بين إطراف مختلفة[1] ففي هذه الضمانات نكون أمام ثلاثة عقود كما يتضح من خلال المثال التالي:

لو افترضنا أننا امام عقد بيع (أو مقاولة) و يرغب البائع (أو رب العمل) في تأمين تنفيذ الالتزام من قبل الطرف الأخر (المشترى أو المقاول) يطلب البائع (أو رب العمل) ضمانه لتأمين حسن تنفيذ الالتزام من الطرف الأخر، الذي يلجا بدوره إلى أحد البنوك طالبا منه إصدار ضمانة مصرفية مستقلة (خطاب ضمان أو اعتماد مستندي قطعي) تكون منفصلة عن عقد البيع (أو المقاولة)، و يقبل البنك ذلك نظير غطاء مإلى من قبل عميله (المشترى أو المقاول)[2]، و بناءً على ذلك يصدر البنك خطابا بالضمانة المستقلة إلى البائع (أو رب العمل) يتحدد وفقا لعبارتها مدى التزام البنك في مواجهة البائع (أو رب العمل)،لذلك فالضمانة المصرفية المستقلة تتضمن ثلاث عقود:

- العقد(أ)هو عقد البيع أو المقاولة، و يعرف في العمل بعقد الأساس (the underlying transaction).

---

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، بدون ناشر، 1987، الجزء الأول، ص464، الجزء الثاني، ص750.

[2] في المثال السابق البائع أو (رب العمل) هو المستفيد من الضمانة باعتبارها صدرت عن البنك لصالحه كضمان لاستيفاء حقوقه الناشئة عن عقد الأساس (البيع أو المقاولة)، والمشتري أو (المقاول) هو العميل الآمر؛ لأنه طلب من البنك إصدار الضمانه لصالح المستفيد.

- العقد(ب) هو الاتفاق بين العميل الآمر (the applicant) و بين البنك المصدر (the issuing bank)، ويعرف في التعامل الأمريكي باتفاق إعادة السداد (reimbursement agreement) [1] لأن العميل الآمر يتعهد في مواجهة البنك بإعادة الدفع عندما يدفع البنك للبائع(أو رب العمل) المبلغ المحدد فى عقد الضمانة المصرفية.

- و أخيراً العقد(ج) هو الضمانة المصرفية ذاتها[2] و التي يصدرها البنك في صورة تعهد للمستفيد(the beneficiary) (البائع أو المقاول) و التي تتحدد وفقا لعباراتها حقوق طرفيها و التزاماتهما، دونما أدني التفات إلى أى مرجعية أخرى. ولكن ما مبرر هذا الاستقلال؟

ب/مبرر الاستقلال:

لقد سبق أن ذكرنا أن الضمانات المصرفية هي الوسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات في معاملات التجارية الدولية، وذلك بما توفره من ثقة للدائن في اقتضاء حقوقهم،باعتبار أن التزم البنك في مواجهتهم مستقل تماما عن أى معاملة أخرى مرتبطة بعملية الضمان. ولا شك أن المعاملات التجارية الدولية باعتبارها قائمة على السرعة والائتمان تحتاج لهذا النوع من الضمانات الفعالة لتامين تنفيذ الالتزامات عبر الحدود.

---

[1] Paul.S. Turner, 'Stand By Letter Of Credit' *California Bar Journal* (2002), 3.

[2] Guy. W. Smiith, 'Irrevocable Letter Of Credit And The Third Party Fraud', *Virginia Journal Of International Law* (1984), 55.

لذلك فإن تجاهل مبدأ استقلال الضمانات المصرفية سوف يعرض للخطر الشديد عنصر الثقة فى معاملات التجارية الدولية، ويعمل على تقويضها،لأن تـأمين الإلتـزام بالـدفع مـن البنـك سوف يتآكل بتجاهل هذا المبدأ[1].

ثالثاً/الروابط المشتركة للضمانات المصرفية المستقلة:

تجمع الضمانات المصرفية المستقلة روابط مشتركة رغم تنوعهـا مـن حيـث تطبيقاتهـا، فبالإضافة لاشتراكها في مبدأ الاستقلال تجمعها عدد من الروابط أهمها:-

أ- أنها من الأعمال التجارية بنص القانون: فالضمانات المـصرفية المـستقلة باعتبارهـا من أعمال المصارف تدخل ضـمن تحديـد المـادة الخامـسة مـن المدونـة التجاريـة الليبية لسنة 2010، و التي عددت بنودا محـددة واعتبرتهـا أعـمالا تجاريـة بـنص القانون، وكان من بينها أعمال المصارف.

ويترتب على اعتبارها من الأعمال التجارية بنص القانون[2] نتائج في غاية الأهميـة تتعلق بكيفية الاعذار، و حريـة الإثبـات، و الاختـصاص القـضائي بنظـر المنازعـات المترتبة عليها[3].

---

[1] Bassil Coutsoudis, *Letters of Credit in International Trade* (Basil Coutsoudis and Associates, 2012), 1.

[2] نقض مدني، رقم 1342/ 49 ق، جلسة 1981/4/22، سـعيد شـعلة، قـضاء الـنقض في المـواد التجاريـة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص386.

[3] أستاذنا الدكتور: محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2001، ص69، وما بعدها.

ب- باعتبار أن نشاط البنوك أصبح يتعدى حدود إقليم الدولة الذي يقع به مركز إدارتها[1]، فان الضمانات المصرفية المستقلة اتسمت بالطابع الدولي لذا حظيت باهتمام لجنة الأمم المتحدة لتوحيد القانون التجاري (UNCITRAL) التي صاغت اتفاقية خاصة بالضمانات العقدية المستقلة صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى(1995/12/11)، وكما حظيت الضمانات المصرفية المستقلة باهتمام غرفة التجارة الدولية بباريس (International Chamber of Commerce) والتي أصدرت نشرة بخصوص خطابات الضمان سنة 1992، وأخرى للاعتمادات المستندية في إصدار (رقم 600)سنة (2007).

والقواعد التي تضمنتها نصوص اتفاقية الأمم المتحدة وإصدارات غرفة التجارة الدولية المذكورة تكاد تكون في مجملها موحدة لذلك غلب على الضمانات المصرفية المستقلة النمطية و التوحيد في الأداء[2].

ج- الضمانات المصرفية المستقلة تدعم حق المستفيد بالدرجة الأولى. بحيث يضمن المستفيد - بناءً على تعهد البنك- الحصول على المبلغ المإلى المتفق عليه حتى لو كان هناك أسباب وجيهة يفترض أن تحول دون ذلك، فالمستفيد يتجنب عناء المنازعات القضائية أثناء المطالبة (pay first argue later) [3].

---

[1] عادل السيد، المرجع السابق، ص17.

[2] فمثلاً قواعد التجارة الدولة مطبقة بخصوص الاعتمادات المستندية مطبقة في أكثر من 165 دولة.

[3] Chung-Hsin-Hsu. 'The Independence Of Demande Guarantee' National Taiwan University Law Review, (2008).

المطلب الثاني

تطبيقات الضمانات المصرفية المستقلة

بعد أن تناولنا في المطلب الأول مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة بشكل عام نأتي هنا لبيان تطبيقاتها العملية كلاً على حدة، وذلك بتحديد هذه التطبيقات(أولاً)، وبيان تنظيمها التشريعي(ثانياً)، وإلى عملها(ثالثاً)، لنختم هذا المطلب بتوضيح الطريقة إلى تصاغ بها عقود الضمانات المصرفية المستقلة(رابعاً).

أولاً/ تحديد تطبيقات الضمانات المصرفية المستقلة:

الضمانات المصرفية المستقلة هي عمليا، خطابات الضمان، والاعتمادات المستندية القطعية، نبدأ بتعريفها، ومن ثم نبين فرص ارتباطها بصدد عملية عقدية واحدة.

أ/خطابات الضمان:

هناك عدة تعريفات لخطابات الضمان، تشريعية وقضائية وفقهية، و إن تباينت كل منها من حيث الصياغة إلا أنها تتحد في المضمون والذي لخصته المحكمة العليا الليبية "خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من المصرف بناءً على طلب من عميلة بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة"

فقد بين هذا التعريف أن خطاب الضمان يضع على عاتق البنك التزاما فوريا بأداء مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك، وبصورة

منجزة دون أن يكون التزام البنك معلقا على شرط أو مضافا إلى اجل ،فالبنك ملزم بالدفع بمجـرد أن يطلب المستفيد ذلك"[1].

ونرى أن هذه الفورية في التنفيذ بمجرد الطلب تعتبر انعكاسا واضحا لمبدأ الاستقلال في الضمانات المصرفية المـستقلة، و تعـد بالتـالي المـبرر العمـلي لأداء البنـك لالتزامـه رغـم معارضـة العميل الأمر.

إضافة إلى ذلك يبرز في التعريف عنصر المدة باعتباره من المكونات الجوهرية لخطـاب الضمان، ويستقل الأطراف بتحديد مدة خطاب الضمان،التي تبدو أهميتها لهم في وجهين:

الأول بالنسبة للمستفيد من خطاب الضمان، فخلال المدة المحددة في خطاب الـضمان يستطيع المستفيد أن يطالب البنك بالسداد الفوري، أما بعـد انقـضائها فيـؤول التـزام البنـك إلى السقوط.

والوجه الثاني بالنسبة للبنك لانه على أساس مدة خطاب الضمان تتحدد العمولات التي يستطيع المطالبة بها من العميل الآمر، و التي ستزيد أو تـنقص_ بطبيعـة الحـال _ تبعـا لطـول مدة خطاب الضمان[2] أو قصرها.

ويعتبر خطاب الضمان أداة رئيسية لتـامين حـسن تنفيـذ العقـود في مجـال التجارة الدولية والداخلية[3] فقـد جـرى العمـل عنـد تنفيـذ المـشروعات الكـبرى أن يشترط رب العمل_ الذي غالبا ما يكون جهة حكومية_على المتعهد بالتنفيذ تقـديم ضـمان لتـأمين تنفيـذ المـشروع بحـسب المواصـفات التـي اتفـق عليهـا الطرفـان في

---

1 طعن مدني، رقم 42/69ق، جلسة 1999/12/6، مجلة المحكمة العليا، السنة 33، ص249.

2 عادل السيد، المرجع السابق، ص87.

3 وإن كانت أهميته في مجال التجارة الدولة أكبر بطبيعة الحال.

عقد المقاولة وفى المدة المحددة، وبالمثل أيضا غالبا ما يشترط في عقود التوريد تقديم ضمان من جانب المورد لتأمين تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عقد التوريد.

وفي هاتين الحالتين، وغيرهما لن يجد أطراف العقد وسيلة أفضل من خطاب الضمان لتأمين أداء الالتزام، فهو من جهة يجنب المدين (المقاول أو المورد) مثالب تقديم تأمين نقدي[1] يكون مرهقا له، وقد يترتب على تقديمه تجميد الأموال وتعطيلها في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد في أمس الحاجة إليها لتنفيذ التزامه.

ومن جهة أخرى يعد وسيلة مؤكدة للمتعاقد الآخر(رب العمل أو المستورد) تطمئنه بأنه سيتقاضى المبلغ المطلوب بمجرد الطلب إذ أن خطاب الضمان "يعتبر بمثابة نقود بين يديه، لأنه يتضمن التزاما صادرا من ذي مركز مإلى متين وهو البنك[2] بحيث يلتزم بالدفع للمستفيد عند أول طلب ودون الالتفات لاى دفوع مرتبطة بعقد الأساس، و في ذلك تقول المحكمة العليا الليبية (2002/3/4) "انه من المقرر أن التزام المصرف قبل المستفيدإلتزام قطعي، ولا يجوز أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة الأخير بالامر، كما لا يكون استحقاق المستفيد لقيمة خطاب الضمان مرتبطا بأي عنصر خارج عن خطاب الضمان، و المصرف ملزم بالاستجابة الفورية لطلب سداد قيمته"[3] الأمر الذي يتشابه فيه خطاب الضمان مع اعتماد المستندى القطعي.

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص190.

[2] على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، ص11.

[3] طعن مدني، رقم 42/371ق، جلسة 2002/3/4، "غير منشور.

ب/الاعتمادات المستندية:

معلوم أن الاعتمادات المستندية عدة أنواع[1] ما يهمنا منها هو الاعتماد المستندى القطعي (و يعرف ايضا بالاعتماد المستندى غير القابل للإلغاء) بأعتباره أحد الضمانات المصرفية المستقلة، أما الأنواع الأخرى فلا تعد كذلك، وبالتالي فهى خارجة عن نطاق دراستنا.

ويمكن تحديد مفهوم الاعتماد المستندى القطعي (irrevocable letter of credit) بأنه ضمانة مصرفية مستقلة يلزم بموجبها البنك التزاما باتا،و نهائيا في مواجهة المستفيد بدفع مبلغ الاعتماد مقابل تسليم المستندات الممثلة للبضاعة مطابقة لشروط الاعتماد، بحيث لا يستطيع البنك أن يتنصل من التزامه خلال المدة المحددة لسريان الاعتماد حتى بناءا على طلب من العميل الآمر[2].

والذي جعل لاعتماد المستندى القطعي من ضمن الضمانات المصرفية المستقلة و هو استقلاله الكامل و المطلق عن العقد الذي نشأ ضمانا له[3].

فإذا قدم المستفيد(البائع) مستندات الشحن خلال الأجل المحدد في خطاب الاعتماد يصبح البنك ملزما بالوفاء بقيمة الاعتماد دون أن تكون له ادني سلطة في "التقدير أو التفسير أو الاستنتاج"[4] ذلك لان الاعتماد المستندى القطعي يضع البنك في موقف لا يحتمل إلا خياران، إما أن يدفع للمستفيد، أو

---

[1] فقد يكون الاعتماد المستندي قابلاً للألغاء أو غير قابل للإلغاء، وقد يكون اعتماداً مؤبداً أو قابل للتحويل..ألخ. عباس مصطفى المصري، عقد الاعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة للنشر، 2005، ص29.

[2] قارن المادة، 724 من المجلة التجارية التونسية، والمادة 345 من قانون التجارة المصري.

[3] Guy. W. Smiith, p. 55.

[4] نقض مدني، رقم 48/372 ق، جلسة 1985/2/18، سعيد شعلة، ص375.

يمتنع فيتحمل المسؤولية. فالبنك هنا يتعهد عن المشترى لصالح البائع، و يلتـزم بالـدفع إذا قـدم البائع مستندات معينة، و التزام البنك في مواجهة البائع قائم بـصرف النظـر عـن أى خـلاف بـين المستفيد(البائع) و العميل الآمر(المشترى) مـن جهـة[1]، ومـا قـد ينـشب مـن خـلاف بـين البنـك والعميل الآمر من جهة أخرى.

هذا ويكثر الاعتماد المستندى القطعـي في عقـود البيـع الـدولي لتـامين عمليـة الـدفع. فالبائع يحتاج إلى وسيلة دفع مؤكدة وغير قابلة للنقاش يتأكد بمقتـضاها مـن انـه سـيتلقى ثمـن البضاعة المرسلة متى قدم للبنك المستندات المحددة في خطاب الاعتماد ،والتي تدل أن البـضاعة قد تم إرسالها وفقا للشروط الواردة في عقد البيع ، وهذه الوسيلة "المؤكدة وغير القابلة للنقاش" لابد أن تكون ضمانة مصرفية مستقلة.

ج/ارتباط خطاب الضمان بالاعتماد المستندى:

يشير بعض الفقه[2] إلى أن الممارسة العملية في بيوع التجارة الدولية تكشف عن حالات يرتبط فيها خطاب الضمان بالاعتماد المستندى في عملية قانونية.

فمن جهة يطلب البائع من المشترى فتح اعتماد مـستندي حتـى يـتمكن بواسطته من إستيفاء الثمن مقابل تقـديم مـستندات البـضاعة الـواردة في عقـد الإعتماد المستندى، و من جهة أخرى من مصلحة المشترى في عقـد البيـع الـدولي أن يتأكد من أن البضاعة المرسلة مطابقة للمواصفات المتفق عليها، لذلك يطلـب

---

[1] محي الدين علم الدين، المرجع السابق، ص768.

[2] عادل السيد، المرجع السابق، ص20.

من البائع خطاب ضمان مصرفي لهذا الغرض ليسترد ما دفعه بالاعتماد المستندى إذا وجدت البضاعة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها.

وبهذا يكون كل من تطبيقي الضمانات المصرفية المستقلة قد صدر بصدد عملية قانونية واحدة اعتماد مستندي لضمان تنفيذ التزام المشترى وخطاب ضمان لتامين تنفيذ التزام البائع.

ثانياً/التنظيم التشريعي للضمانات المصرفية المستقلة:

لم تحتو المدونة التجارية الليبية لسنة 1953 على أى تنظيم لأي من تطبيقي الضمانات المصرفية المستقلة، فهي لم تشر لا إلى خطابات الضمان ولا الإعتمادات المستندية،وذلك على عكس القوانين التجارية لبعض الدول العربية المجاورة كالمجلة التجارية التونسية لسنة 1959 وقانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999.

وللإحاطة بالقواعد التي تحكم كل من تطبيقي الضمانات المصرفية المستقلة يستحسن الفصل بين خطابات الضمان من جهة(أ) الاعتمادات المستندية من جهة أخرى(ب).

أ/خطابات الضمان:

نُظمت خطابات الضمان تشريعياً في عدد من دول العالم مثل ألمانيا، وسويسرا، وإيطاليا. وباعتبار أن كل تنظيم تشريعي في اى من هذه الدول، أو

في غيرها، إن وجـد، يعـد إنعكاسـا لأوضـاعها الداخليـة وتجـسيدا لـسيادتها، فـإن أيـاً مـن هـذه التنظيمات لم يكن متماثلا[1].

ولما كانت الحاجـة لخطابـات الـضمان مرتبطـة ارتباطـا غـير قابـل لانفكـاك بوظيفتهـا الحيوية كأداة لضمان حسن الأداء في عقود التجارة الدولية،فان الحاجـة لتوحيـد قواعـدها تعـد حاجة جوهرية نظرا للتوجس الذي يظهره أطراف التجارة الدولية مـن القـوانين الوطنيـة، لـذلك فلا بد من قواعد تنظم خطابات الضمان وتضمن في ذات الوقت انـسجامها،ولم يجـد المتعـاملون بخطابات الضمان ملاذا أفضل من العرف لتنظيم هذه الخطابات[2].

فخطابات الضمان، ولا سيما التي تربط بين أطراف التجارة الدوليـة محكومـة بقواعـد عرفية تحدد حقوق، والتزامات، ومسؤوليات الأطراف ذات العلاقة بخطابـات الـضمان ولا سـيما البنك الضامن، والمستفيد.

ولعل الإنعكاس الواضح لهذه الأعراف يتجسد في قواعد غرفـة التجـارة الدوليـة بـشأن خطابـات الضمان

(ICC Uniform Rules for Demand Guarantee).[3] فمـن المعلـوم أن غرفـة التجـارة الدوليـة تتـضمن لجنـة ضـمن لجانهـا المختلفـة مختـصة بتقـصي العـادات المـصرفية الـسائدة في التعامل بين البنوك

ICC Commission On Banking Techniques and Practices

---

[1] عكاشة محمد عبد العـال، قـانون العمليـات المـصرفية الدوليـة، دار الجامعـة الجديـدة، الاسـكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص342.

[2] هذا وقد نصت المادة 355 من قانون التجارة المصري الخاصة بخطابات الضمان صراحـة عـلى الإحالـة إلى العرف فيما لم يرد بشأنه نص.

[3] ICC Publication No 1993/458.

ولعل إصدار الغرفة المذكورة يمثل انعكاسا لما رصدته اللجنة من قواعد عرفية سائدة في التعامل بخطابات الضمان الأمر الذي تتماثل فيه خطابات الضمان مع الإعتمادات المستندية[1].

ب/الإعتمادات المستندية:

من المعلوم أن الإعتمادات المستندية لم تنظم تنظيما تشريعيا مفصلا في العديد من دول العالم، وذلك باستثناء القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية Uniform Commercial Code الذي وضع في المادة الخامسة منه تنظيما مفصلا تناول عملية الاعتماد المستندى في مختلف مراحله، بل انه تجاوز قواعد غرفة التجارة الدولية المتعلقة بالاعتمادات المستندية في بعض الوجوه وفقا لما سنشير إليه أدناه.

فمعظم القوانين التجارية التي أشارت في موادها الاعتمادات المستندية أحالت للأعراف و العادات الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية ICC Uniform Customs And Practices For Documentary Credits (UCP)

مثال ذلك نص المادة 341/3 من القانون التجارة المصري حيث قالت "تسرى فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة الاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية"[2].

وما يميز قواعد الغرفة المذكورة أنها فرضت ذاتها بقوة في ميدان التعامل بالاعتمادات المستندية، فهذه القواعد مطبقة في أكثر من 165 دولة حول العالم،

---

1 عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص367.

2 راجع في تطبيق نص المادة (3/341) طعن رقم 1225، لسنة 45 ق، جلسة 1990/7/9، المكتب الفني 41، الجزء الثاني، ص409.

ولم يخل عقد من العقود التي اطلعنا عليها من الإحالة إليها لتنظيم ما لم ينظمه عقد الاعتماد، أو ينشأ عنه من نزاعات.

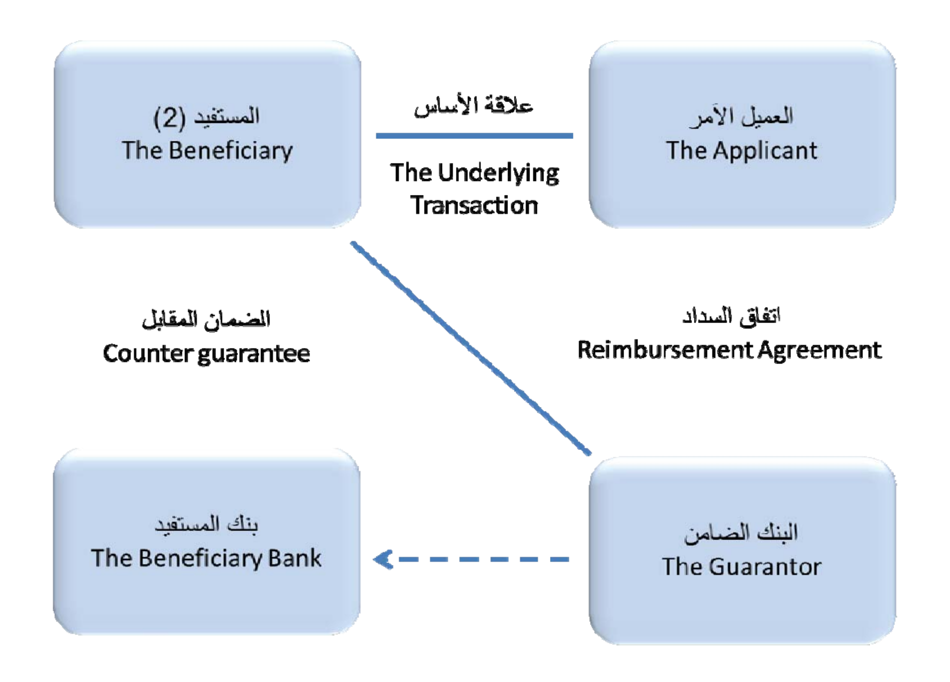
وكان الإصدار الأول لهذه القواعد قد دخل إلى ميدان التطبيق سنة 1933، وتوالت بعدها الإصدارات لتبلغ من العدد ستة إصدارات كان أخرها الإصدار رقم 600/2007، والذي دخل حيز النفاذ كما تشير ديباجته في 1/7/2007.

وقد تضمن الإصدار الأخير وهو من نتاج جهد لجنة البنوك المذكورة تسع وثلاثين مادة، تناولت مختلف المراحل التي يمر بها عقد الاعتماد المستندى من حيث شروط إصداره ومدده و الشروط اللازمة لصرفه، وأحكام المستندات المرتبطة به ومسؤوليات البنوك المتدخلة في تنفيذه.

ويبقى وجه القصور في هذه القواعد مقارنة بالقانون التجاري الامريكى الموحد أنها لم تتناول بصورة حاسمة وصريحة المشاكل التي تعيق صرف الاعتمادات المستندية، فعلى خلاف القانون التجاري الموحد الذي تناول حالة الغش في الاعتمادات المستندية مثلا فإن قواعد الغرفة لم تتناوله كما سوف نوضحه تفصيلا في موضعه.

ثالثا/آلية عمل الضمانات المصرفية المستقلة:

تتضح الية عمل الضمانات المصرفية المستقلة سواء كانت خطابات ضمان أم اعتمادات مستندية بتجسيد التفاعلات بين أطرافها، وذلك من خلال النموذج التوضيحي التالي:



بداية تنشأ علاقة الأساس(بيع أو مقاولة) بين المستفيد(البائع أو رب العمل)،وبين العميل الآمر(المشترى أو المقاول) ولتأمين هذه العملية يقوم العميل الآمر بالتوجه للبنك الضامن بطلب فتح ضمانة مصرفية مستقلة لصالح المستفيد، ويقبل البنك ذلك بناء على اتفاق إعادة السداد بينه وبين العميل الآمر، ومن ثم يراسل البنك الضامن المستفيد ليعلمه باستعداده لضمان عميله الآمر، وبقبول المستفيد ينشأ عقد الضمانة المصرفية بين البنك الضامن وبين المستفيد، وبموجبه يكون التزام البنك باتا ونهائيا، ومتميزا عن العلاقات القانونية الأخرى المتداخلة مع عملية الضمان وخصوصا عقد الأساس[1].

وكثيرا ما يطلب المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة تدخل بنك محلى ليؤكد عملية الدفع من جهة، وليتجنب مشاكل تنازع القوانين بصيرورة الضمان بين

---

[1] الأطرش محمد، المرجع السابق، ص4.

طرفين وطنيين من جهة أخرى. ويسمى البنك المحلى في العمل ببنك المستفيد، ويبـدو أن مرجـع هذه التسمية هو وجود البنك، والمستفيد في دولة واحدة.

وتدخّل البنك المحلى يكون بطلب من البنك الضامن، لذلك عندما يدفع البنك المحلى للمـستفيد فبإمكانه أن يرجع على البنك الضامن بما دفعه، وذلك بموجب الإتفاق الذي تدخل بموجبه البنك المحلى في عملية الضمان.

رابعاً/ صياغة عقود الضمانات المصرفية المستقلة:

رأينا من خلال العرض السابق الأهمية التى يكتسبها "مبـدأ الاسـتقلال"في الـضمانات المصرفية المستقلة، هذه الأهمية تتجاوز مجرد البعـد النظـري لتكـون حجـر الأسـاس في صـياغة عقود الضمانات المصرفية، فهذه العقود_ سواء أكانت خطابات ضـمان أم اعـتمادات مـستنديه_ يتحتم أن تتضمن بين نصوصها بندا يقضى بتعهد البنك الضامن بأن يدفع للمستفيد من الضمانة المصرفية خلال مدة سريانها مبلغا من النقود"بغض النظر عن اى طعن أو دعوى أو إشعار وقائي من مقدم الطلب أو أي طرف أخر".

فنصوص هذه العقود لابد أن تصاغ بطريقة تكشف عن كونها التزاما قائمـا بذاتـه بـين البنك والمستفيد بغض النظر عن أي تطورات أو نزاعات بخصوص العمليات العقديـة المتداخلـة معها، وعلى وجه الخصوص علاقة الأساس التى تجمـع العميـل الآمـر مـع المـستفيد. فـإذا صـدر خطاب ضمان من مصرف ما لتـأمين حـسن تنفيـذ عقـد مقاولـة لـصالح رب العمـل فـإن التـزام المصرف بالدفع لرب العمل عند إخلال المقاول بالتزامه يكون قائما"بغض النظر عـن أى طعـن أو دعوى أو إشعار وقائي مقدم من العميل الآمر أو اى طرف أخر".

وتأسيسا على ذلك فان تحديد الطبيعة القانونية لتصرف قانوني، وتصنيفه بأنه ضمانة مصرفية مستقلة رهن بوجود بند في ذلك التصرف يكشف عن استقلاله عن علاقة الأساس، أما في حال عدم وجود مثل ذلك البند فلا نكون عندئذ بصدد ضمانة مصرفية مستقلة، بل قد نكون بصدد كفالة مصرفية تخضع بالتبعية لعلاقة الأساس.

ولكن حتى مع وجود ذلك البند الذي يجزم باستقلال الضمانة المصرفية المستقلة عن عقد الأساس، فان ذلك لا يمنع من وجود معوقات تؤدى إلى إمكانية تعطيل مبدأ الاستقلال وبالتالي إمكانية الاحتياج بدفوع خارجة عن الضمانة المصرفية المستقلة،فما هي هذه المعوقات ؟

الفصل الأول

الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

الفصل الأول

الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

رأينا في المبحث التمهيدي من هـذه الكتـاب الخطـوط العريـضة للـضمانات المـصرفية المستقلة، وذلك باعتبارها عمليات عقدية تساعد علي تأمين تنفيذ التزامات أطراف عقود التجارة الدولية بوجه خاص بما توفره من ضمان قوي وفعال ناتج عن استقلالها التـام عـن العقـود التـى نشأت ضمانا لحسن تنفيذها، فنتيجـة لمبـدأ الاسـتقلال في الـضمانات المـصرفية المـستقلة، يلتـزم العميل الآمر من خلال مصرفه بالدفع للمستفيد علي الـرغم مـن أن العقـد المـضمون لا يعطـي المستفيد الحق في تلقي أي أداء نقدي من العميل الآمر كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه.

ولكن هل يُترك العميل الآمر معرضا لهذه الآثار القاسـية حتـى لـو كـان المـستفيد مـن الضمانة المصرفية المستقلة سئ النية ويسعي للحصول علي مبلغ الضمانة باللجوء إلى الغش؟

الإجابة لابد أن تكون بالنفي، فهناك إجماع في العديد من الدول وعلي رأسـها الولايـات المتحدة الأمريكية، وانجلترا، وسويسرا، وفرنسا أن طلب فـاء الـضمانة المـصرفية المـستقلة القـائم علي الغش يجب رفضه، فيتحتم ألا تكون قوة هذه الضمانة مطية لجـشع المـستفيدين، ووسـيلة لارتكابهم للغش[1].

---

[1] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص350.

فمن المبادئ العامة للقانون، والمستقرة في جميع الأنظمة القانونية علي اختلاف خلفياتها سواء كانت أنجلوسكسونية أو لاتينية أن "الغش يفسد كل شئ" *Fraus omnia corrumpit* وهذا المبدأ يجد مجال انطباقه بخصوص الضمانات المصرفية المستقلة، وذلك بالتأثير سلباً علي فاعليتها في كل من تطبيقها المشار إليها، خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، وليكون الغش بذلك المعوق الأول للضمانات المصرفية المستقلة، والمجمع عليه من فقه وقضاء القانون التجاري حول العالم مع التنويه أن انطباق المبدأ المذكور "الغش يفسد كل شئ" يحظي بخصوصية فرضتها طبيعة هذه الضمانات، وأهميتها العملية كما سوف نوضحه في ثنايا هذا الفصل.

وللإحاطة بالغش كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة، لابد من بيان مجموعة من المفاهيم الذي يتكون منها الغش في هذه الضمانات وذلك ببيان محددات الغش في الضمانات المصرفية المستقلة (المبحث الأول) ومن ثم آثاره علي استقلال هذه الضمانات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

محددات الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

نقصد بمحددات الغش في هذا المقام بيان الملامح الرئيسية التى يقوم عليها الغش كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة، فالغش في هذه الضمانات يتميز عن الغش بمفهومه العام من عدة نواحي كما سوف يتضح من خلال بيان مفهوم الغش في هذه الضمانات (المطلب الأول).

علاوة علي ذلك تبرز خصوصية الغش في الضمانات المصرفية المستقلة لتعدد العلاقات العقدية المرتبطة بها، لذلك ثار الجدل بخصوص النطاق الذي يتحدد في إطاره الغش كمعوق لهذه الضمانات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

الغش عموما سلوك إيجابي (قيام بفعل) يمكن أن يقع في أي تصرف قانوني، وبطرق وإلىات مختلفة[1]. بيد أن الغش في الضمانات المصرفية المستقلة يتميز من حيث موضوعه بحيث يختلف من حيث مفهومه وشروطه، وكيفية إثباته عن الغش في بقية أنواع العقود، وكذلك للغش في الضمانات المصرفية المستقلة خصوصية من حيث الأطراف، فقد قدمنا أن الضمانة المصرفية المستقلة تتداخل فيها عدة إطراف.

---

[1] Beth Walstion Dunham, *Introduction to Law*, (4th edition Thomson, 2004) 264.

فلدينا البنك المصدر للضمانة الذي قد يراسل بنوكا أخرى لتسهيل تنفيذ التزامه بالدفع، ولدينا أيضا العميل الآمر الذي صدرت الضمانة بناء علي طلبه لتأمين التزامه في عقد الأساس، ولدينا أخيرا المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة وهو، كما سبق بيانه، الدائن في عقد الأساس.

والغش بالمفهوم الذي سندرسه أدناه يقع من المستفيد[1] حيث يسعى بالاستناد إلى الغش إلى خداع البنك المصدر، والعميل الأمر مستغلا ما تتمتع به الضمانات المصرفية المستقلة من قوة، واستقلال عن العقد المضمون للحصول علي مالا يعد حقا له. فكيف يكون ذلك؟ وما الشروط اللازمة لقيام الغش؟ وكيف يتم إثباته؟

للإجابة علي ما تقدم ندرس تعريف الغش (أولاً) ومن ثم شروطه (ثانيا) وبعد ذلك ندرس إثباته (ثالثاً).

أولا: تعريف الغش

لم تتعرض إصدارات غرفة التجارة الدولية المتعلقة بالضمانات المصرفية المستقلة (النشرة 2007/600 بخصوص الاعتمادات المستندية، والنشرة 1992/485 بخصوص خطابات الضمان) إلى تحديد تعريف للغش المؤثر في هذه الضمانات، وإنما تركت تحديده للقوانين الداخلية لكل دولة علي حدة[2] ولم نجد في القانون الليبي ولا المقارن علي حد علمنا، نصا صريحا يتناول تعريف

---

[1] Craig W Smith, 'Law and Banking, (American Bankers Association 1992) 174.

[2] JF Dolan, 'Letters of Credit: A Comparison of UCP 500 and the New US Article 5', *Journal of Business Law*, 533.

الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة[1]. لذلك كان لابد من فتح الباب للاجتهاد الفقهي ومع الاستعانة بقراءة تحليلية للأحكام القضائية المقارنة التى تناولت حالة الغش في كل من تطبيقي الضمانات المصرفية المستقل.

فقد استقرأ البعض تعريفات للغش من حكم صادر عن محكمة النقض لفرنسية بتاريخ 20 يناير 1987 وحدد الغش باعتباره "طلب وفاء الضمان في حين أن عقد الأساس لا يعطي المستفيد أي حق قبل الأمر"[2].

ونحن نرى أن هذا التعريف لا يقدم إيضاحا كافيا للغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة لاختصاره الشديد، والمخل من جهة ومن جهة أخرى لم يعط وصفا واضحا ودقيقا لجوهر الغش، وإنما اكتفي بعبارات عامة وغير واضحة فكيف يكون الغش (هو طلب وفاء الضمان)! فكما هو معلوم كلما تناول التعريف تركيب المعرف كان أقرب إلى الحقيقة، وهذا المعني مفقود في التعريف المذكور أعلاه.

وأقرب إلى بيان حقيقة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة، ذلك التعريف الذي يقضي بأن الغش المقصود هنا يعنى قيام المستفيد بتقديم مستندات إلى البنك تبدو كاملة وسليمة في ظاهرها ولكنها في الحقيقة لا تطابق الواقع بإرادة واصطناع المستفيد أو علي الأقل علمه[3].

هذا التعريف وإن احتوى علي قدر كبير من الحقيقة بتحديده للخطوط العريضة للغش باعتباره عدم تطابق إرادي بين المستندات والواقع، إلا أنه أغفل

---

[1] علي جمال الدين، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص355.

[2] عوض، مرجع سبق ذكره، ص 359.

[3] جورجيت عبد قليني، مبدأ الاستقلال في الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 180.

مدي عدم التطابق هذا- كما سنرى - عند بحثنا لشروط الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة أنه ليس كل غش يؤثر في هذه الضمانات.

ومن جهتنا نرى أن الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة يعنى قيام المستفيد من مبلغ الضمانة المصرفية باستعمال وسائل احتيالية واضحة، ومباشرة بغرض إيهام البنك الملزم بالدفع بأحقيته في مبلغ الضمانة عن طريق تقديم مستندات منبثة الصلة بالواقع، ويكون ذلك من خلال تزييف هذه المستندات، وإيهام البنك أنها تطابق المستندات المطلوبة.

فعلى الرغم من أن الضمانات المصرفية المستقلة، وكما سبق ذكره تضع التزاما مباشرا على البنك بغض النظر عن واقع العلاقة بين الأطراف المعنية في عقد الأساس، إلا أن هذا الاستقلال لابد أن يتراجع في الحالة التى يستعمل فيها المستفيد وسائل احتيالية لا تعكس واقع الالتزامات، والحقوق التى تضمنها عقد الأساس.

وبالنظر إلى تطبيقي الضمانات المصرفية المستقلة نجد أن الغش في الاعتماد المستندي يجد مجالا واسعا لارتكابه من خلال المستندات، والتى كما هو معلوم تمثل الركيزة الأساسية في الاعتماد المستندي والتى منها استمد اسمه، فيقدم المستفيد مستندات تتضمن معلومات غير صحيحة، أو محرفة لا تعكس واقع الحال في عقد الأساس[1] كأن يقدم مستندا يشير إلى أن وزن البضاعة 100 طن مثلا في حين أن وزنها 70 طنا لا غير. فالمستند في هذه الحالة لا يعكس حقيقة المطلوب بموجب عقد الأساس (عقد البيع) فهنا المستفيد (البائع) سعي بطرق احتيالية واضحة لتلقي مبلغ الاعتماد بالمخالفة لواقع عقد الأساس.

---

[1] عادل السيد، مرجع سابق، ص109.

وبالنسبة لخطابات الضمان كأحد تطبيقي الضمانات المصرفية المستقلة فإن الغش في إطارها غير محدد المعالم، و"الرأي غير مستقر بالنسبة للفقه، القضاء بخصوص العناصر الواجب توافرها في التصرف الصادر عن المستفيد لاعتباره غشاً"[1].

بيد أننا نرى أن الغش يمكن أن يتحقق في خطابات الضمان أسوة بالاعتماد إذا قدم المستفيد مستندا، قد يكون مطلوبا بموجب الخطاب، وسعى بوسائل احتيالية لتضمينه بيانات لا تعكس الحقيقة.

ويمكن أن نقدم علي ذلك مثلا كحالة رب العمل في عقد المقاولة الذي يقدم مستندا للبنك يشير فيه إلى وجود أخفاق في أداء المقاول لالتزاماته بموجب عقد المقاولة ويطلب من البنك تسييل مبلغ خطاب الضمان وعلي الرغم من أن واقع عقد الأساس على عكس ذلك تماما فقد يكون المقاول أدي جميع التزاماته، وإنما جاء طلب المستفيد غشا منه مدفوعا بالطمع، أو لأن المقاول قد رفض إبرام عقد آخر معه.

إذا فالغش سلوك إيجابي يقتضي قيام المستفيد باستعمال وسائل احتيالية واضحة بغرض الحصول علي مبلغ الضمانة المستقلة دونما مبرر مشروع، ولكن ما هي شروط الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة؟

---

[1] المرجع السابق، ص110.

ثانيا: شروط الغش

ليس كل غش مؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة. وإنما لابد من تـوافر شروط معينـة تقتـضيها القواعـد العامـة في تحديـد مفهـوم الغـش وأخـري اقتـضتها الطبيعـة الخاصـة لعقـود الضمانات المصرفية المستقلة، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ. لابد أن يتضمن الغش استعمال وسائل احتيالية بنيـة تـضليل البنـك، وإيهامـه بأحقيـة المستفيد في طلب مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، وهذا الشرط عـام ومقـرر بموجـب قواعد النظرية العامة للعقد[1]، فلا يعتـبر غـشا تـوهم البنـك بأحقيـة المـستفيد بمبلـغ الضمانة نتيجة اختلاف بيانـات المـستندات المقدمـة للبنـك عـن الواقـع إذا كـان هـذا الاختلاف ليس راجعـا لاسـتخدام المـستفيد لوسـائل احتياليـة وإنمـا كـان راجعـا لخطـأ المستفيد أو أحد تابعيه أو خطأ الغير دون أن يعلم به المستفيد ويقصد تحقيق كسب غير مشروع من ورائه.

ب. لابد أن يرد الغـش عـلى ضـمانة مـصرفية صـحيحة، ونافـذة فـلا يعتـبر غـشا بـالمعني المقصود هنا إذا كان واردا علي ضمانة مصرفية معيبة في صـياغتها أو انتهـاء مـدتها لأن المستفيد ليس له حق أساسا في طلب مبلغ الضمانة حتى يقـال أنـه طلبـه بـاللجوء إلى وسائل احتيالية[2] فلا يرد طلبه هنا بالـدفع بـالغش، وإنمـا بالـدفع بالأسـباب المرتبطـة بعدم توافر شروط صحة عقد الضمانة المصرفية المستقلة، أو غياب شروط نفاذها.

[1] اسـتأذنا الـدكتور محمـد عـلي البـدوي، النظريـة العامـة للالتزامـات، ج1، المركـز القـومي للبحـوث والدراسات العلمية، ط4، 2003، ص 118.

[2] السيد، المرجع السابق، ص111.

ت. لابد أن يكون الغش واضحا، يفقأ العينين، كما يقـول الفرنـسيون Crever les yeux [1] أو ثابتا بوضوح "كما يقول الانجليز Clearly established فحالة الغش لابد أن تكـون واضحة وصريحة Clear case of fraud وهذا الشرط كان ثابتا في جميع أحكام القضاء التى تعرضت للعش سواء في خطابات الضمان أو الاعتمادات المستندية.

وقـد لخـص هـذا المعنـي اللـورد (Denning) سـنه 1973 في قـضية: *Edward Owenengineering V Barclau Bank LTD* حيث قال ما نصه:

"It's certainly not enough to allege fraud ، it must be established، and in such circumstances، I must say very clearly established"

من المؤكد أن مجرد الادعاء بالغش لا يكفي، بـل لابـد أن يكـون الغـش ثابتـا وفي مثـل هذه الظروف (ظروف الضمانات المصرفية المستقلة) لابد أن أقول ثابتا بوضوح[2].

فكما أوضح هذا القضاء أن مجرد الإدعاء بالغش غير كاف ولو كان مؤسسا علي إخـلال بسيط بالالتزامات المفروضة بموجب عقد الأساس فالمحاكم لن تلتفت إلى الإدعـاء بـالغش إلا إذا كان هناك برهان قوي "Strong corroboration" يسند هذا الادعاء.

ويبـدو واضـحاً أن هـذا الـشرط اقتـضته ضرورة المحافظـة عـلي فاعليـة الضمانات المصرفية المستقلة كأداة فعالـة في ضـمان تنفيـذ الالتزامـات في عقـود

---

[1] عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص361.

[2] *Edward Owen Engineering Ltd v Barclays Bank International Ltd* [1978] 1 QB 159

التجارة الدولة بشكل خاص، فإذا سمح بمجرد الإدعاء بالغش لتعطيل الضمانات المصرفية المستقلة دون أن يكون واضحا، وثابتا فإن من شأن ذلك أن يعرض للخطر الشديد نجاح هذه الوسيلة، ويفتح الباب أمام حالات الإدعاء الكيدية، وغير المؤسسة علي سند منطقي لتجد طريقا لها باختراق حصن الاستقلال في هذه الضمانات، ولا يخفي علي المتخصص ما في ذلك من آثار ضارة علي عامل الثقة عماد الأعمال التجارية عموما، والتجارة الدولية علي وجه الخصوص.

ورغم أن بعض الفقه تساءل عن درجة وضوح الغش المطلوب للتأثر علي استقلال وفاعلية الضمانات المصرفي المستقلة[1] إلا أنه يمكن أن يجاب عن ذلك بالقول: أن تحديد وضوح الغش من عدمه مسألة موضوعية يستقرئها قاضي الموضوع من خلال وقائع كل قضية علي حده دون أن يخضع في ذلك لرقابة قضاء النقض.

ومن أمثلة الغش غير المؤثر علي استقلال الضمانات المصرفية المستقلة مجرد الإخلال البسيط -ولو كان متعمدا- بعقد الأساس. فقد قضت محكمة الاستئناف بولاية نيويورك الأمريكية الادعاء بالغش لمجرد أن البائع (المستفيد) أرسل عن عمد ورقا لصناعة الصحف من نوعية غير تلك المطلوبة من المشترى، فلم تر المحكمة في هذا غشا واضحا بالمعني المراد للتأثير على عنصر لاستقلال في الضمانات المصرفية المستقلة حيث قالت المحكمة "أن البنك معني فقط بالمستندات، فإذا كانت مطابقة للمطلوب بموجب عقد الاعتماد، فإن البنك ملزم

[1] Barru David, 'How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit' (2005) *The George Washington International Law Review*.

بالتالي بالدفع بغض النظر عما إذا كان يعلم، أو لديه سبب للاعتقاد أن الورق ليس مـن النوعيـة المطلوبة[1].

في حـين يعتـبر غـشا واضحاً ـ بحـسب المحكمـة العليـا الأمريكيـة سـنه 1941، إرسـال المستفيد لصناديق تحتوى علي "نفايات بدلا من البضاعة المطلوبة" وتقديم مـستندات تفيـد أن المستفيد نفذ التزاماته تجاه المشتري.

يلاحظ هنا أن التفاوت الصارخ بين المستندات المقدمة للبنك، وبين الحقيقة علي الأرض تشكل غشا واضحا كفيل بالتأثير علي استقلال الضمانات المصرفية المستقلة.

وفي ذات المعني أيضا قضت محكمة النقض الفرنـسية في 4 مـارس 1953 بوجـود غـش واضح عندما أرسل البائع (المستفيد) ساعات من نوع رديء جدا بدلا من الـساعات السويـسرية المطلوبة بموجب عقد البيع (عقد الأساس) تـم قـدم المـستفيد للبنـك فـاتح الاعـتماد المـستندي القطعي مستندات مزورة تفيد أن البضاعة أرسلت وفقـا لما هـو مطلـوب بموجـب عقـد البيـع، وعند تمسك المشتري (العميل الآمر) بالغش الواضح من البائع أقـرت محكمـة الـنقض الفرنـسية بوجود الغش المؤثر علي استقلال الاعتماد المستندي القطعي حيث قالت "أنه وإن كان الاعـتماد المستندي، والبيع عقدين مستقلين ينشئ كل منهما التزامات مختلفة، وإن عدم تنفيـذ أحـدهما لا يؤثر علي العقد الآخر، فإن الأمر يختلف في حالة الغش"[2].

---

[1] Jeffery, p5.

[2] زينب السيد سلامة، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1967، ص326، ولمزيد من الأمثلة حـول الغـش الواضـح انظـر عـلي جـمال الدسـن عـوض الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، 1989، ص 305 وما بعدها.

د. يجب أن يكون الغش صادرا عن المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة. ويثير هذا الشرط نقاشا فقهيا حيث يري البعض أن الغش الصادر من الغير يـؤثر عـلي اسـتقلال الـضمانات المصرفية المستقلة[1] فطالما كان هناك غش ظاهر فلا يهم مصدره سواء كان صادرا مـن المـستفيد أو من الغير.

بيد أننا نرى أن الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة لابد أن يكون صـادرا عـن المستفيد، أو أن يكون عالما به علي أقل تقدير في حالة صدوره من الغير.

أما الغش الصادر من الغير فلا ينبغي أن يؤثر علي استقلال الضمانة المصرفية المـستقلة طالما كان هذا المستفيد حسن النية، ولا يعلم بحالة الغش هذه، والقول بخـلاف ذك فيـه إضرار بالمستفيد حسن النية، وتفـسير موسـع للغـش لا تقـره طبيعتـه الاسـتثنائية كمعـوق للـضمانات المصرفية المستقلة.

فـإذا قـام الناقـل، رغبـة منـه في الإضرار بالمـشتري لأي سـبب مـن الأسـباب، بإسـتبدال البضاعة المراد شحنها بآخري أقل قيمة منها دون علم البائع (المستفيد مـن الـضمانة) فـإن هـذا الفعل لا يمكن اعتباره غشا يؤثر علي مبدأ الاستقلال في الضمانات المـصرفية المـستقلة، فطالمـا أن المستفيد نفذ التزامه بموجب عقد الأساس، وأرسـل بالتـالي المـستندات المؤيـدة لـذلك، المطلـوب بموجب عقد الضمانة المصرفية المستقلة فلا يمكن الدفع في مواجهته بالغش الصادر من الغير. إذ كيف للمستفيد أن يتوقع، ويدفع الغش الصادر من الغير، ويمكـن للمتـضرر في هـذه الحالـة أن يعود علي المتسبب في الغش بدعوى المسئولية التقصيرية.

---

[1] جديع وهطان الجروي القحطاني، استخدام تقنية الاعـتمادات المـستندية في عمليـات غـسيل الأمـوال، رسالة ماجستير جامعة القاهرة، 2005، ص 214، وأيضا عادل السيد، المرجع السابق، ص123.

إذا فقط الغش الظاهر الصادر عن المستفيد هو الذي يؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة، وهذا ما ذهب إليه مجلس اللوردات البريطاني في 20 مايو 1982 حيث قرر أن الغش لا يكون مؤثرا إلا "إذا كان صادرا عن المستفيد" [1].

وبصورة أكثر وضوحا حكمت المحكمة العليا الكندية في 5 مارس 1987 "يجب أن يقتصر الغش في عمل المستفيد نفسه، فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئا منه[2].

ر. يجب أن يصل الغش إلى علم البنك قبل أن يقوم الأخير بالدفع إلى المستفيد. ونرى أن هذا الشرط تفرضه طبيعة الأشياء ويقره المنطق، فما فائدة الدفع بالغش إذا لم يعلم البنك بحالة الغش وقام بالدفع للمستفيد، أما إذا دفع البنك المبلغ المفروض بموجب الضمانة المصرفية المستقلة ثم نما إلى علمه وجود الغش، فلا يمكن اعتباره غشا بالمعني المقصود للتأثير علي الضمانات المصرفية المستقلة، فهنا تكون الضمانة قد انتهت بتأدية دورها في تأمين عملية الدفع للمستفيد، وقد قدمنا أن الغش المؤثر لابد أن يرد علي ضمانة مصرفية قائمة لا ضمانة منقضية، والغش في هذه الحالة يمكن أن يكون أساسا لدعوى المسئولية التقصيرية في مواجهة المستفيد.

ثالثا: إثبات الغش

الأصل طبقا للقواعد العامة أن الغش واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، إلا أن هذا الأمر لا ينطبق بشكل كامل علي حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة، فقد رأينا عند بحثنا لشروط الغش المؤثر في هذه

---

[1] علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص311.

[2] المرجع السابق، نفس الموضع.

الـضمانات أنــه لابــد أن يكــون واضــحا بمعنــي لا يكفــي لإظهــاره الوســائل التقليديــة في الإثبات.

والسبب وراء هـذا التـشدد يكمـن في الرغبـة بالمحافظـة عـلي قدسـية مبـدأ اسـتقلال الضمانات المصرفة المستقلة، فلاشك أنه إذا سمح باعتماد الوسائل التقليدية في الإثبـات (الـشهود و القرائن) لإثبات الغش المؤثر في هذه الضمانات، فـإن ذلـك سـيقوض مبـدأ الاسـتقلال وبالتـالي يضع فعالية هذه الضمانات علي المحك.

فعلي من يقع عبء إثبات الغش (أ)، وما هي الوسائل التي يمكن إتباعها للتحقق مـن الغش (ب).

أ. عبء إثبات الغش (The Onus of proof)

علي من يدعي الغش إثبات وجوده وبيان الوسائل التى اتبعت فيه، هـذا الأمـر مقـرر بموجب القواعد العامة في الإثبات[1]، ومـن قبلهـا أحكـام الـشريعة الإسـلامية، فكـما هـو معلـوم "البينة علي من ادعي".

وبخصوص عبء إثبات الغش في إطار الضمانات المـصرفية المـستقلة فيقـع غالبـا عـلي عاتق العميل الآمر، فهو الطرف الأكثر تضرراً من عمليـة الغـش ولـه مـصلحة ظـاهرة في الادعـاء بالغش بحيث يمنع المستفيد من الحصول علي مبلغ الضمانة إضراراً به.

ويمكن أن يكون البنك مدعيا بالغش أيضا، وتبدو للبنك مـصلحة ظـاهرة في إثبات وجود الغش لتقوض مبدأ اسـتقلال الـضمانات المـصرفية عنـدما يكـون

[1] طعن إداري ليبيا رقم 47/117ق، بتاريخ 2004/5/24، "غير منشور".

مبلغ الـضمانة عبـارة عـن ائـتمان قدمـه البنـك إلى عميلـة الآمـر لتـأمين التـزام الأخـير بموجـب عقد الأساس. فلا شك هنا أن من مـصلحة البنـك أن يـدفع في مواجهـة المـستفيد مـن الـضمانة المصرفية المستقلة بوجود الغش حتى يتجنب خسارة مبلـغ الـضمانة المـصرفية الـذي أقرضـه إلى عميله.

وسواء كان مدعي الغش هو العميل الآمر، أو البنـك فعليـه إثبـات ادعـاءه وأن يـسند إدعاءه بدليل قوي وهذا المعني لخصه القضاء الإنجليزي في *Turkiye Is Bankasi AS v Bank of China* :

"The applicant must put the irrefutable evidence in front of the court."[1]

العميل الآمر (أو البنك) يجـب أن يـضع أمـام المحكمـة دلـيلا غـير قابـل للـدحض "إذا مدعي الغش عليه إثباته وأن يقدم دليلا واضحا علي قيامه فهل لهذا الأمر وسائل؟

ب- وسائل تحقق الغش:

ثمة وسيلتان للتحقق من الغش في الضمانات المصرفية المستقلة، إحـداها محـل اتفـاق، وتناولتها إصدارات غرفـة التجـارة الدوليـة ببـاريس سـواء تلـك المتعلقـة بخطابـات الـضمان، أو الاعتمادات المستندية[2]، والأخرى قد تكون محلا للجدل باعتبار أنها تتعـارض مـع القواعـد التـي تقوم عليها الضمانات المصرفية المستقلة.

---

[1] Turkiye Is Bankasi AS v Bank of China [1996] 2 Lloyd's Rep 611 (QB)

[2] رغم أن هذه القواعد لم تتناول فكرة الغش بشكل صريح، كما سبق ذكره.

1. التحقيق الشكلي

يحق للبنك أن يقوم بإجراء تحقيق شكلي للتأكد من سلامة المستندات المقدمة إليه، وهذه الوسيلة محل اتفاق ولا خلاف بشأنها. ويقصد بالتحقيق الشكلي في هذا المقام فحص المستندات المطلوبة بموجب عقد الضمانة المصرفية المستقلة والنظر فيها إذا كانت تتطابق من حيث مظهرها الخارجي معه ما هو مطلوب.

وهذا التحقيق التزام يقع علي عاتق البنك المصدر للضمانة (والبنوك التى قد تتدخل في عملية الدفع) بموجب إصدارات غرفة التجارة الدولية سواء المتعلقة بخطابات الضمان (النشرة رقم 1992/548) أو المتعلقة بالاعتمادات المستندية (النشرة رقم 2007/600).

<u>**حيث تنص النشرة الأولي في المادة التاسعة منها:**</u>

"All documents specified and presented under a guarantee، including the demand، shall be examined by the guarantor with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the guarantee."

جميع المستندات المحددة والمقدمة بموجب خطاب الضمان يجب أن تفحص بمعرفة الضامن (البنك) بعناية الشخص المعتاد للتأكد مما إذا كانت تتطابق من حيث الظاهر مع شروط خطاب الضمان.

فيما يخص الاعتمادات المستندية تنص القواعد الموحدة في المادة الرابعة منها:

"... The issuing bank must examine a presentation to determine، on the basis of the documents alone whether or not the documents appear on their face to constitute a complying presentation"

"يتعين علي البنك المصدر أن يفحص المستندات المقدمة، ليحدد وفقط على أساس هذه المستندات ما إذا كانت مطابقة (للاعتماد) من حيث ظاهرها."

وتأسيسا علي ذلك تكون المستندات مطابقة من حيث ظاهرها عندما لا يكون بينها تعارض فمثلا إذا طلب رب العمل من المقاول شهادتين تفيدان أن المقاول قد أنجز العمل المطلوب منه وفقا للمواصفات والمعايير التى ترضي رب العمل، فإن البنك ملزم قبل تسييله لخطاب الضمان بالتأكد من أن الشهادتين متفقتان من الناحية الشكلية، ولا يوجد بينهما تناقض بيّن.

ومن أمثلة التناقض في المستندات المطلوبة بموجب اعتماد مستندي، والذي قد يثير شكوكا حول وجود حالة غش، أن يرد في فاتورة الشحن بيان، وفي سند الشحن بيان مخالف[1].

ومن أمثلة التناقض أيضا أن تحمل الشهادة الصحية بيانات بخصوص وزن، وعدد الوحدات المشحونة تخالف بقية المستندات المقدمة[2]. كذلك يعتبر تناقضا مثيرا للشك أن تحمل وثيقة الشحن المطلوبة بموجب اعتماد مستندي بيانا يفيد أن البضاعة ثم شحنها من ميناء معين، في حين أن مستندات آخر يشير إلى ميناء آخر[3].

---

[1] علي الأمير إبراهيم، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعتمادات المستندية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002، ص180.

[2] نقض تجاري رقم 39/198ق، جلسة 1976/1/26، سعيد شعلة، المرجع السابق، ص 372.

[3] علي الأمير، المرجع السابق، ص181.

والبنك ملزم بموجب عقد الضمانة المصرفية المستقلة بإجراء التحقيق الشكلي ومراجعة المستندات المقدمة من المستفيد، لكن ذلك لا يمنع العميل الأمر من تنبيه البنك إلى وجود تناقض بين المستندات المقدمة إذا علم العميل بهذا الأمر بأي وسيلة كانت. ولكن هل تنطبق هذه الأحكام علي التحقيق الموضوعي؟

2. التحقيق الموضوعي

يقصد بالتحقيق الموضوعي النظر وراء المستندات Looking beyond documents إلى واقع الحال في عقد الأساس بمعني مطابقة ما هو وارد في المستندات من بيانات، ومقارنتها بالوضع علي الأرض، فإذا قدم المستفيد مستندات تفيد شحن البضاعة وجب التأكد من صدق هذه البيانات بإجراء تحقيق موضوعي، للكشف عما إذا كانت البيانات صحيحة أو خاطئة.

ورغم أن هذا الأمر قد يبدو ضروريا، وعادلا أحيانا إلا أنه محظور تماما بموجب المبادئ الرئيسية للضمانات المصرفية المستقلة، فالبنك ليس ملزما بفحص المستندات من الناحية الموضوعية بل هذا الأمر محظور عليه القيام به[1] لما في ذلك من خلط بين عقد الأساس وعقد الضمانة المصرفية المستقلة الأمر الذي يشكل خرقا لمبدأ الاستقلال في هذه الضمانات، وقد نصت المادة الخامسة من القواعد والعادات الموحدة بخصوص الاعتمادات المستندية علي هذا الأمر صراحة بقولها:

Banks deal with documents and not with goods، services ، or performance to which the documents may relate.

---

[1] نفس المرجع، ص 180.

"البنوك تتعامل بالمستندات، وليس البضائع، أو الخدمات، أو أداء الالتزامات المرتبطة بهذه المستندات".

فهذا تأكيد واضح أن الالتزامات الناشئة عن عقد الأساس مهما كانت طبيعتها لا ينبغي أن تكون محلا لتحقيق موضوعي من قبل البنك، وإنما يمكن للبنوك فحص هذه المستندات فقط من الناحية الشكلية كما سباق بيانه.

ورغم ضرورة هذا الفصل بين عقد الضمانة المصرفية المستقلة وعقد الأساس فإن هذا الفصل لابد أن يتراجع أمام حالة الغش الثابت ففي عقد البيع مثلا إذا أدعي المشتري (العميل الأمر) أن البائع (المستفيد) أرسل له نفايات بدلا من البضاعة المتفق عليها، فلابد من إجراء تحقيق موضوعي للوقوف علي صحة هذا الإدعاء، وإلا كانت قدسية مبدأ استقلال الضمانات المصرفية المستقلة ستارا يتخفي وراءه المستفيد عديم الضمير " Unscrupulous Beneficiary"[1].

[1] Bassil Coutsoudis, *Letters of Credit in International Trade* (Basil Coutsoudis and Associates, 2012) p. 32.

المطلب الثاني

نطاق الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

تناولنا في المبحث التمهيدي تحليل الروابط المتداخلة مع الضمانات المصرفية المستقلة، ورأينا أنه ثمة عدة علاقات متداخلة مع هذه الضمانات، وفي إطار تحديدنا للغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة يثور التساؤل هل الغش المقصود هنا، هو الغش في عقد الضمانة المصرفية في حد ذاتها، والتي كما رأينا تربط بين المستفيد والبنك، أم أن الغش يجد مجاله في معاملة عقد الأساس التى تربط بين العميل الآمر، وبين المستفيد.

هذا الخلاف تجاوز الجدل الفقهي ليختلف القضاء أيضا في حدود هذا الغش وإجابة عن السؤال المتقدم ظهرت اتجاهات متباينة، منها اتجاه مضيق (أولاً) وآخر موسع (ثانياً) نعرض لهذين الاتجاهين، ومن ثم نبين الحل المختار (ثالثاً).

أولا: الاتجاه المضيق (The Narrow Approach)

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أن الغش المقصود في إطار الضمانات المصرفية المستقلة هو فقط الغش في معاملة الضمانة ذاتها، ولا يمتد ليشمل الغش الذي يمارسه المستفيد في عقد الأساس، وهذا الاتجاه يحتاج إلى مزيد من التوضيح ببيان محل الغش بدقة وفقا لما ذهب إليه أنصاره (أ) وبيان مبرره (ب).

أ. مضمون الاتجاه المضيق

حدود الغش وفقا لأنصار هذا الاتجاه لا ينبغي أن تتجاوز الغش الواقع في معاملة الضمانة المصرفية ذاتها، ولا يجب علي القضاء النظر وراء المستندات اللازم تقديمها بموجب هذه الضمانة.

فبخصوص الاعتماد المستندى يجب النظر في المستندات ذات الصلة بتنفيذ عقد الاعتماد[1] كالمستندات الخاصة بثمن البضاعة مثل الفاتورة التجارية فيعد غشا تغيير البيانات المتعلقة بنوعية البضاعة أو وزنها، أو عددها.

وكذلك المستندات المتعلقة بنوعية البضاعة وجودها، كالشهائد الخاصة بالتحاليل المطلوب إجرائها لبعض البضائع قبل شحنها، وشهائد الجودة للتأكد من أن البضاعة من النوع المطلوب، فإذا تم تحريف هذه المستندات بطريقة واضحة اعتبر ذلك غشا مؤثرا في الاعتماد المستندي. أما إذا كانت هذه المستندات سليمة، وصادرة عن الشخص المخول بإصدارها، فلا يمكن الحديث عن الغش حتى إذا كان موجودا فعلا في عقد الأساس.

أما الغش في خطابات الضمان فهو أيضا لا يجب أن ينصرف إلى معاملة عقد الأساس التى نشأ الخطاب لتأمينها، وإنما يجب أن يقتصر علي المستندات المطلوب تقديمها بموجب خطاب الضمان، فيعتبر غشا قيام المستفيد من خطاب الضمان بتزوير شهادة مطلوبة بموجب الخطاب تفيد أنه قام بتنفيذ التزاماته وفقا للمواصفات، والمعايير المطلوبة.

وتأييدا لهذا الاتجاه حكم القضاء الأمريكي سنة 1977 في قضية:

Shaffer v Brooklyn Bank Garden Appointments أن الغش المنصوص عليه في المادة 114/5 من القانون التجاري الموحد (UCC) يجب أن يكون غشا في المستندات، وليس في عقد الأساس[2].

---

1 ياقوت العشماوي، وبطرس صليب، الاعتماد المستندي من المنظور العملي، المركز العربي للصحافة، بدون طبعة 1984، ص 47.

2 حاتم محمد عبد الرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، 2003، ص296.

ويمكـن أن يجـد هـذا الاتجـاه صـدى لـه في الأعـراف والعـادات الموحـدة للاعـتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدوليـة ببـاريس في المـادة الرابعـة منهـا، وكـذلك في المـادة الثانية من القواعد الموحدة الخاصـة بخطابـات الـضمان[1]، واللتـان تكرسـان أهميـة المـستندات باعتبارها المرتكز الأساسي لتنفيذ الضمانة المصرفية المستقلة، دونما نظر أو حتـى إشـارة مـن كلتـا هذه القواعد إلى عقد الأساس ومن هنا يجد هذا الاتجاه سند تبريره.

ب. تبرير هذا الاتجاه

يعتصم أنصار هذا الاتجاه بطبيعة الضمانات المصرفية ذاتها باعتبارهـا عمليـات مـستقلة تماما عن العقود التى نشأت لتأمينها، فمن شأن الخلط بين الضمانة المـصرفية المـستقلة مـن جهـة، وعقد الأساس من جهة أخري، والقـول بـأن الغـش في الثـاني يـؤدي إلى التـأثير في الأولي إدارة لمبـدأ الاستقلال الذي تقوم عليه الـضمانات المـصرفية المـستقلة، فحمايـة هـذا المبـدأ "تقتـضي أن يفـسر مفهوم الغش في أضيق نطاق" [2] بحيث لا يتعدي حالة الغش في عقد الضمانة المصرفية المستقلة.

ومن جهتنـا نـرى أن الأخـذ بهـذا الاتجـاه عـلي إطلاقـه مـن شـأنه الاصـطدام بقواعـد العدالـة فالتحايـل عـلي القـانون "*Fraudem Legis*" واحـد سـواء كـان في معاملـة الـضمانة المصرفية المستقلة في حد ذاتها أو كـان في عقـد الأسـاس، فحيـثما يكـون هنـاك تـصرف احتيـإلى "Fraudulent alienation" لابد أن تكون هناك آثار لهذا الاحتيال، والقول أن هذا الأمـر يـؤدي إلى إهدار مبدأ الاستقلال غير صحيح علي اعتبار أنـه لـيس كـل غـش سـوف يؤخـذ في الاعتبـار،

---

[1] محي الدين إسماعيل علم الدين، مجموعة قواعد الضمانات الدولية، 2006، ص44.

[2] حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص285.

وإنما فقط حالة الغش الواضح وبالطريقة التي سبق أن تناولناها عند دراسة شروط الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة. ولكن ما هو الرأي عند أنصار الاتجاه الموسع؟

ثانيا: الاتجاه الموسع (The Broad Approach)

علي العكس من أنصار الاتجاه المضيق يذهب أنصار الاتجاه الموسع إلى القول: طالما أن الغش يفسد كل شئ، فلابد أن تكون للغش في عقد الأساس انعكاساته أيضا، فكيف يكون ذلك (أ) وأين يجد هذا الاتجاه تبريره (ب).

أ. مضمون الاتجاه الموسع

يرى أنصار هذا الاتجاه أن ليس الغش في المستندات المتعلقة بعقد الضمانة المصرفية المستقلة هو المؤثر الوحيد في استقلالها، بل أن الغش الواقع في عقد الأساس له ذات التأثير أيضا، وبالطريقة التى سوف نتناولها عند الحديث عن آثار الغش في المبحث الثاني من هذا الفصل.

فوفقا لأنصار هذا الاتجاه نكون أمام حالة غش بالمعني المقصود، والمؤثر في استقلال الضمانات المصرفية المستقلة إذا مارس المستفيد غشا في عقد الأساس حتى ولو كانت المستندات التي قدمت للبنك سليمة، ولم تخضع لعملية غش.

فمثلا إذا تطلب الاعتماد المستندي تقديم شهادة جودة من طرف ثالث تفيد أن البضاعة من النوع الممتاز، وقام المستفيد (البائع) بالتلاعب بالعينة المقدمة للخبير لإقناعه بأن البضاعة من النوع المطلوب في حين أن الشحنة الحقيقية المرسلة إلى العميل الأمر (المشتري) تمثل بضاعة من النوع

الرديء جدا، وبالفعل صدرت الشهادة عن الخبير تنفيذ أن البضاعة مـن النـوع المطلـوب، وبعـد ذلك يكتشف المشتري أن البضاعة ليست من النوع المطلوب، وإنما هي من النوع الـرديء جـداً، وذلك بعد أن قدمت شهادة الخبير إلى البنك، فيلاحظ هنا أنه لم يحصل غش في معاملة الاعتماد المستندي ذاتها فالشهادة المطلوبة صادرة عن الشخص المطلـوب، ووفقـا للحقـائق التـى عاينهـا، وإنما كان الغش في عقد الأساس وتحديدا في محل التزام البائع.

فبحسب أنصار هذا الاتجاه يعتبر هـذا النـوع مـن الغـش مـبررا كافيـا لتعطيـل مبـدأ استقلال الضمانة المصرفية المستقلة، ويتسنى بموجبه النظر وراء المستندات، ولكن أين يجد هـذا الاتجاه تبريره؟

ب. تبرير الاتجاه الموسع

يبرر أنصار هذا الاتجاه وجهة نظرهم علي اعتبار أن الغش المتعلق بعقـد الأسـاس هـو مسألة خطيرة[1]، والغش أيا كان محله لابد أن يلقي بظلاله وأن يترتب علي وقوعه آثـارا قانونيـة تكفل حماية مبـادئ العدالـة ومحاربـة سـوء النيـة. وعمليـات الاحتيـال في المعـاملات التجاريـة عموما، وفي نطاق التجارة الدولية علي وجه الخصوص.

كما يجد أنصار هذا الاتجـاه سـندا قانونيـا يـدعم وجهـة نظـرهم في القـانون التجـاري الأمـريكي الموحـد U.C.C حيـث ميـزت المـادة 114/5 منـه بـين الغـش في المـستندات المتعلقـة بالاعتماد، والغش في المعاملة.

ورغم أن القـانون التجـاري الموحـد لم يحـدد مـا المقـصود بمفهـوم الغش في المعاملة، إلا أن هذا المفهـوم لا يمكـن تفـسيره إلا عـلي اعتبـار أن المقصود بـه الغـش في عقـد الأسـاس حيـث ورد لفـظ "الغـش في المعاملـة

---

[1] حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص278.

بعـد الإشـارة إلى حالـة الغـش في المـستندات "Fraud in the transaction" Fraud in the documents".

وفي هذا السياق يري بعض الفقه "أن المادة 1145 (2) وضـعت أحكاما خاصـة بحالـة المستندات المغشوشة، والفرض أن المشرع لا ينبغي أن يكرر نفس المفهوم بكلـمات مختلفـة وفي ذات النص، لذلك فالقانون التجاري الموحد وضـع تمييـزا بـين حالـة الغـش في المـستندات، وبـين الغش الواقع في عقد الأساس.

Article 5/114 (2) specifically made provisions for documents that are fraudulent، and it is presumed that they would not repeat this concept in different words in the same paragraph. Thus the U.C.C made a distinction between documents that are fraudulent and fraud that is present in the transaction [1].

من خلال عرض الاتجاهين: الاتجاه المـضيق، والاتجـاه الموسـع يتـضح لنـا أن لكـل مـن الاتجاهين أسانيده التى قد تبدوا في ظاهرها مقنعة، ولكن أين يمكننا الوقوف منهما؟

ثالثا: الرأي المختار

رغم ميلنا للاتجاه الموسع إذا كان لابد من الترجيح، إلا أننا نرى أن التمييز في حد ذاتـه بين حالة الغش في المستندات المرتبطة بالضمانة المصرفية المستقلة من جهة وبين حالة الغـش في عقد الأساس من جهة أخرى ليس إلا تمييزا سطحيا يفتقر إلى قراءة عميقة لنطاق الغش.

1 Bassil, p. 21.

فالواقع أن الغش في المستندات المتعلقة بالضمانة المصرفية المستقل هو حتما انعكاس للغش في عقد الأساس فإذا حصل غش في الأخير فسينعكس بالضرورة في المستندات المرتبطة بالضمانة المصرفية المستقلة.

ولنضرب لذلك مثلا بعقد بيع سكر مثلا وعقد اعتماد مستندي مرتبط به، فإذا أرسل البائع المستفيد من الاعتماد المستندي كميات من السكر الهندي متوسط الجودة بدلا من السكر الكوبي من النوع الممتاز والذي تعاقد المشترى للحصول عليه، وكان قد قدم للبنك مستندات تفيد أن البضاعة المشحونة عبارة عن سكر كوبي ممتاز، فهنا يكون الغش الواقع في عقد الأساس (عقد البيع) قد امتد إلى معاملة الاعتماد المستندي، بحيث انعكس غش البائع في نوعية وجودة البضاعة المطلوبة بموجب عقد الأساس في معاملة الاعتماد المستندي.

ولا ينال من هذا التحليل القول: أن البائع قد يقوم بتزوير المستندات المطلوبة بموجب عقد الأساس والتى قد تصدر عن شخص ثالث، إذ يجاب عن ذلك أن العبرة في تحديد وجود الغش ليس صحة المستندات من الناحية الشكلية، وإنما العبرة في تحديد ذلك يرجع إلى أي مدى تعكس هذه المستندات واقع عقد الأساس من حيث مدى توافر الصدق وحسن النية في تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فإذا كانت هذه المستندات لا تعكس واقع هذه الالتزامات وأنها تخفي الواقع المتمثل في غش المستفيد ففي هذه الحالة يمكن اعتبارها مستندات مغشوشة بالتبعية للغش الحاصل في عقد الأساس بغض النظر عن سلامتها من الناحية الشكلية. وفي ذات المعني حكم القضاء الأمريكي في قضية:

NMC. Enterprise V Columbia Broadcasting حيث قالت المحكمة:

If the underlying contract is tainted with fraud، then any document which the contract requires is equally tainted with fraud[1]"

"إذا كان عقـد الأسـاس مـشوبا بـالغش، فبالتبعيـة أي مـستند يكـون مطلوبـا بموجبـه سيكون مشوبا بالغش أيضا.

[1] Bassil, p. 22.

المبحث الثاني

أثار الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

تردد غير مرة في المبحث الأول جملة "الغش المؤثر في الضمانات المصرفية المستقلة" والمقصود بتأثير الغش في هذه الضمانات وفقا لحكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 ديسمبر 1985 [1] هو تعطيل مبدأ الاستقلال فيها بحيث يتم وقف صرف مبلغ الضمانة للمستفيد[2] عند قيام حالة الغش وفقا للتحديد السابق بيانه.

ونقصد بتعطيل مبدأ الاستقلال في الضمانة المصرفية المستقلة في هذا السياق السماح للعميل الآمر و أو البنك باستحضار دفوع خارجية عن عقد الضمانة بمعني آخر الاستناد إلى دفوع مستمدة من عقد الأساس.

فكيف يتحقق وقف الصرف (المطلب الأول)، وما هي وسيلة طلبه في القانون الليبي (المطلب الثاني).

---

[1] رضا السيد عبد الحميد: التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2007، ص115.

[2] جورجيت قليني، المرجع السابق، ص182.

المطلب الأول

وقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقل

وقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة يعني حجب المبلغ النقدي المستحق للمستفيد بموجب الضمانة نتيجة لوجود الغش، إلى حين أن يسفر الصبح عن حل لادعاء الآمر بالغش، فإما أن يسقط الادعاء بالغش ويثبت المستفيد عكسه، ويستحق بالتالي مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، وتعويض ما قد يكون أصابه من أضرار طبقا للقواعد العامة، وإما أن ينجح العميل الآمر في إدعائه بالغش، والأثر المنطقي أنه يسترد من البنك ما دفعه إذا كان غطاء الضمانة عبارة عن إيداع من العميل الأمر للبنك، أو ينتهي عقد الاعتماد الذي منحه البنك لعميله، ووقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة له صور محددة (أولا) وتطبيقات قضائية عديدة (ثانيا).

أولا: صور وقف الصرف

صور وقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة تتنوع بحسب ما إذا كان وقف الصرف تلقائيا من البنك الملزم بالدفع (أ)، أو أن حجب مبلغ الضمانة مطلوب بأمر من القضاء بناء علي طلب العميل الآمر (ب).

أ. الامتناع الاختياري

الامتناع الاختياري عن دفع مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة Elective Dishonor يعنى رفض البنك للوفاء تلقائيا دون حاجة إلى قرار

قضائي بالمنع.[1] فهل يملك البنك سلطة الامتناع التلقائي عن دفع مبلغ الضمانة للمستفيد، وما مسئوليته عن الدفع الخاطئ؟

1. حق البنك في الامتناع

يثار التساؤل: هل يحق للبنك إذا تحقق من غش المستفيد أن يرفض الوفاء لهذا الأخير بسبب الغش، أم أن البنك لا يملك هذه الصلاحية، ويتعين عليه الوفاء إلى المستفيد، رغم علمه، بالغش ما لم يصدر أمر قضائي بالمنع؟

اختلف الفقهاء في هذا الخصوص، فلقد ذهب البعض إلى أنه ليس للبنك الحق في الامتناع تلقائيا عن أداء مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة طالما أن المستفيد قدم مستندات مطابقة في ظاهرها لما هو مطلوب موجب عقد الضمانة والقول بخلاف ذلك من شأنه تقويض مبدأ استقلال التزام البنك عن عقد الأساس، فقد لا تتردد بعض البنوك في التذرع بالغش لرفض الوفاء بالتزاماتها بموجب عقد الضمانة المصرفية المستقلة، لذلك لا ينبغي أن يمنح البنك حق الرفض الاختياري، بينما يري البعض الآخر أن من حق البنك أن يرفض الوفاء إذا بلغ إلى عمله وجود حالة الغش[2].

ومن جهتنا نرى أن هذا الرأي الأخير أولي باعتبار، فمتى تحقق الغش وفقا للشروط السابق بيانها، وتحقق البنك بطريقة لا تدع مجالا للشك من قيام حالة الغش، كأن يثبت من خلال فحصه للمستندات وجود تناقض صارخ بينها فهنا يحق له الإمتناع تلقائيا عن سداد قيمة الضمانة للمستفيد، وهذا الأمر نصت

[1] حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص336.

[2] حياة محمد شحاته، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1989، ص249.

عليه صراحة قواعد غرفة التجارة الدولية المتعلقـة بـالاعتمادات المـستندية (النـشرة 2007/600) وخطابات الضمان النشرة (1992/485).

فقد نصت الأولي في المادة (16) منها:

"When…the issuing bank determines that a presentation does not comply it may refuse to honor"

"عندما يحدد البنك المصدر أن المستندات المقدمة غير مطابقة فمن حقه أن يرفض الوفاء".

وبخصوص خطابات الضمان نصت المادة (9) من قواعد الغرفة:

"Where such documents do not appear to conform or appear on their face to be inconsistent with each other، they shall be refused'.

"عندما يظهر أن المستندات غير مطابقة أو تبدو في ظاهرها متعارضة مع بعضها البعض فلابد أن ترفض".

وقد أيد مجلس القضاء الأعلي المغربي في قرار له بتاريخ 1999/4/28 حق البنك في رفض الوفاء دون الحاجة إلى حكم قضائي بقوله:" عقد الاعتماد المستندي وعقد البيع مستقلان غير أنه في حالة الغش... يحق للبنك المنشئ (المصدر) الامتناع تلقائيا عن تنفيذ الالتزام".

ولكن جدير بالذكر أن أعطاء الصلاحية للبنك في رفض وفاء مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة قد يكون له تأثير سلبي علي فعالية هذه الضمانات كأداة لتأمين الالتزامات في عقود التجارة الدولية، وأيضا علي سمعة البنوك إذا

ما أساءت الأخيرة استخدام هذه الـصلاحية فامتناعهـا عـن الـدفع قـد يـؤدي إلى خـسارة عمـلاء حالين أو محتملين لذلك غالبا ما تلجـأ البنـوك إلى الـدفع مـن مواردهـا الخاصـة تجنبـا لـلأضرار بسمعتها، واحتراما لتوقيعها"[1].

وتجنبا لأي آثار سلبية يتعين علي البنوك أن تفسر هذه الصلاحية في أضـيق نطـاق وأن تقوم فورا بإخطار العميل الآمر، ورفع دعوي ضد المستفيد لقيامه بالغش.

ولا تخفي صعوبة المهمة التى تواجه البنـوك في محاولتهـا للكـشف عـن وجـود الغـش نتيجة للتطور التقني من جهة، وسرعة المعاملات التجارية من جهة أخرى الأمر الذي دفع لجنـة الأمم المتحدة للقانون التجارة الدولي (UNCITAL) في كتابها السنوي إلى القول:

"The banks will rarely، if ever be in a position to know whether the demand is honest or not. At any rate، they will not be able to prove it to be dishonest، so they have to pay" [(2)].

" من النادر، إن لم يكن من المستحيل، أن تكون البنوك في موقع يؤهلهـا لمعرفـة مـا إذا كان طلب المستفيد نزيها أم غير نزيه، وعلي كل حال لن تتمكن من إثبات الغـش، لـذلك يتعـين عليها الدفع".

ولكن هل يؤثر ذلك علي مسئولية البنك إذا ما أختار الدفع؟

---

[1] علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص306.

[2] UNCITRAL Yearbook, 1999, vol, oo11, p. 356.

2. مسئولية البنك

البنك المصدر للضمانة المصرفية المستقلة قد يقوم بدفع مبلغها إلى المستفيد رغم قيام حالة الغش، فهل يكون البنك مسئولا في جميع الأحوال إذا قام بالدفع؟

الإجابة لابد أن تكون بالنفي، حيث أن البنك لا يسأل عن أداء مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، إذا قام بالدفع من موارده الخاصة دون أن يلجأ إلى اقتطاع المبلغ من حساب عميله. ولا عجب في أن تختار بعض البنوك اللجوء إلى هذا الحل احتراما لتوقيعها، وحماية لسمعتها العالمية، وأداء البنك لمبلغ الضمانة المصرفية قد لا يذهب هباءً فإذا ثبت الغش في حق المستفيد بحكم قضائي فيمكن للبنك الإستناد علي هذا الحكم لاسترداد ما دفعه دون وجه حق إلى المستفيد مقترف الغش، مع كل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة طبقا للقواعد العامة.

كما أن البنك لا يسأل من الوجهة القانونية إذا كان الغش ناجماً عن تزوير متقن[1]، فإذا قرر البنك أن المستندات في ظاهرها سليمة ومطابقة لشروط عقد الضمانة المصرفية المستقلة، في حين أنها في الحقيقة مزورة تزويرا متقنا ففي هذه الحالة لا يعد البنك مهملا أو مقصراً[2]إذا فحص المستندات بالعناية المطلوبة من شخص محترف. والمسئولية هنا ليست مفترضة، وإنما لكي تقوم مسئولية البنك لابد أن يكون عالما بالغش ويدفع بالرغم من ذلك. ويفترض أن التزوير المتقن لا يتحقق معه العلم.

---

[1] حياة محمد شحاته، المرجع السابق، ص250.

[2] عصام فايد محمد، مسئولية البنك في فحص المستندات في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص446.

لذلك لا يمكن قبول الصياغة التى جاء بها نص المادة (34) من قواعد غرفة التجارة الدولية للإعتمادات المستندية ونظيرتها في المادة (11) الخاصة بخطابات الضمان والتى أوردت لفظ التزوير "Falsification" مطلقا ولم تشترط لإعفاء البنك من المسئولية أن يكون التزوير متقنا "Neat Falsification" حيث أن التزوير غير المتقن يفترض ألا ينطلي علي شخص محترف ومتمرس في المعاملات البنكية، وهذا أمر مفترض في عمال البنوك.

إذا وحده التزوير المتقن الذي لا يمكن كشفه بالعناية المعقولة من البنك، ووفقا للإمكانيات المتوفرة لديه، هو الذي يعفيه من المسئولية، وبالتالي يعطيه الحق في مطالبة عملية الآمر بالمبالغ المدفوعة، وفي هذا السياق يقول اللورد (دبلوك) في حكم له صدر بتاريخ 20 ديسمبر 2001 "أنه وإن كان الثابت في الواقع أن المستند المقدم من المستفيد مزّيف، إلا أن ظاهرة يتطابق مع شروط الاعتماد، ومن ثم فإن هذا التزييف لا يمنع في ذاته البنك المصدر من مطالبة عميله الآمر بالمبالغ المدفوعة[1].

إذا كان البنك في كل ما تقدم لا يسأل عن دفع مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة رغم وجود الغش، فما هي الحالة التى يمكن أن يسأل فيها؟

يمكن القول أن البنك يسأل في حالة دفعه لمبلغ الضمانة المصرفية المستقلة رغم وجود الغش، وعلمه به، فإذا أثبت العميل الآمر أن البنك كان عالماً بوجود الغش، وقام بالدفع للمستفيد بالرغم من ذلك لأي سبب كان (كرغبة البنك في حماية سمعته علي حساب العميل الآمر)، فهذا الدفع لا ينبغي أن يحمل العميل الآمر بأي ألتزام، ويتحمله البنك في أمواله الخاصة، وهذا ما حكم به القضاء

[1] عصام فايد محمد، المرجع السابق، ص447.

الأمـريكي سـنه 1987 في قـضية *First National Bank of J.P.V Carmouch*، حيـث تمكـن العميل الآمر في هذه القضية من إثبات علم البنك بواقعة الغش، وأنه دفعه رغم علمـه أن أحـد المستندات كان مزورا ويعني ذلك في رأي المحكمة أن البنك المُصدر يتحمل مخاطر الوفاء[1].

ونرى أن البنك يكون مسئولا أيضا، بالإضافة لحالة العلـم، إذا قـصر في تحـري حقيقـة المستندات المقدمة من المستفيد، بأن أهمـل في بـذل عنايـة الـشخص المحـترف، والحـريص عنـد فحصه للمستندات فإهماله، والحالة هذه، لابد أن يسوى بحاله علمـه بـالغش ليتحمـل مخـاطر الوفاء. وهذا الطرح منسجم مع الخطوط العريضة لنظرية تبعة المخاطر وفي ذلـك دافـع للبنـك لكي يتوخي الحرص الشديد عند تعامله بالمستندات المرتبطة بعمليات الضمان المصرفي.

ب. المنع القضائي

ربما يجد العميل الآمر أنه من الخطر التعويل علي قرار البنك في الامتناع الاختياري عن الدفع. إذ ربما لا يري البنك ما رآه العميل الآمر من وجود الغش، فعندها قد يجـد البنـك نفـسه ملزما بالدفع خلال مدة التقديم[2]. ففي هذه الحالة يتعيّن عـلي العميـل الآمـر لمنـع البنـك مـن الوفاء اللجوء إلى القضاء وفقا لأحدي الإلات التى سـنتناولها في المطالـب الثـاني أدنـاه. فـما هـو الأساس الذي يمكن أن يستند عليه العميل الآمرفي طلـب منـع البنـك مـن صرف مبلـغ الـضمان للمستفيد (أ)، وما هي الشروط اللازمة لذلك (ب).

---

[1] حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص338.

[2] وهي 5 أيام حسب التعديل الأخير للقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجـارة الدولية، و7 أيام عمل بخصوص خطابات الضمان.

1. أساس حق العميل الآمر في اللجوء إلى القضاء

حق العميل الآمر في اللجوء إلى القضاء طلبا لمنع البنك من الوفاء يستند إلى أساس عقدي. ويتمثل هذا الأساس العقدي في اتفاق إعادة السداد المبرم بين البنك، وبين عميله االآمر Reimbursement Agreement، والذي بموجبه أصدر البنك الضمانة إلى المستفيد كما سبق ذكره في المبحث التمهيدي من هذه الكتاب.

فهذا الاتفاق كما يلزم العميل بإعادة دفع مبلغ الضمانة المصرفية الصادرة لصالح المستفيد، فهو يضع أيضا علي عاتق البنك التزاما بمراعاة مصلحة العميل الأمر.[1]فإذا اتضح للأخير أن المستفيد ارتكب غشا واضحا وفقا للتحديد السابق، فهنا من حق العميل الآمر أن يحاول منع هذا الغش باللجوء إلى القضاء طالبا منه منع البنك من أداء مبلغ الضمانة إلى المستفيد مستندا إلى اتفاق إعادة السداد بينه، وبين البنك، ولا توجد صيغة محددة يخاطب بها العميل الآمر القضاء طلبا لمنع الصرف، وإنما عموما يجب أن يثبت أن البنك علي وشك أن يخرق اتفاق إعادة السداد، حيث أن أداء مبلغ الضمانة إلى المستفيد رغم وجود الغش في عقد الأساس يضر بلاشك بمصلحة العميل الآمر، هذه المصلحة التى يتعين علي البنك مراعاتها، وهذا الأمر لخصته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في معرض تناولها لوسائل منع الوفاء حيث قالت :" لابد أن يكون للعميل الآمر سببا للدعوي مبني علي احتمال وجود خرق وشيك لإلتزام البنك تجاهه" [2].

Cause of action based on imminent breach of duty.

---

[1] UNCITRAL Yearbook, p. 369.

[2] Uncitral Tear Book, p. 368.

ولكن هذا ليس كل شئ فهناك شروط لابد من مراعاتها؟

2. شروط القضاء بمنع الصرف

طلب العميل الآمر بمنع البنك من صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للغش لابد أن يستوفي عددا من الشروط، مرد بعضها اعتبار أن طلب وقف الصرف يأتي بالتزامن مع دعوي أصلية بالغش ترفع من العميل الآمر ضد المستفيد، فلابد أن يحترم القاضي الذي ينظر طلب وقف المصرف هذا الأمر، أما مردُ البعض الآخر من هذه الشروط يرجع إلى حساسية مركز المدعي، وما يجب أن يتوافر في حقه بالمطالبة بالوقف من خصائص وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. عدم المساس بأصل الحق

في البداية لابد من التأكيد علي أن وقف الصرف هو مسألة مؤقتة وليست - ولا ينبغي لها أن تكون- دائمة، فالغرض منها الحفاظ علي مصلحة المدعي (العميل الآمر) في منع البنك مؤقتا من وفاء مبلغ الضمانة إلى المستفيد ريثما يفصل في الدعوي الأصلية المتعلقة بالغش.

والقواعد العامة في قانون المرافعات تقضي بخصوص الطلبات التى يكون محلها طلب حماية وقتية أن يكون البحث فيها ظاهريا ولا يتناول أصل الحق المدعي به[1].

[1] أستاذنا الدكتور، الكوني علي عبوده، قانون علم القضاء، النشاط القضائي، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، الطبعة الثالثة،

بمعنى أن القاضي في معرض بحثه لطلب العميل الآمر بوقف الصرف يتحتم عليه ألا يتطرق بشكل مباشر أو غير مباشر لأصل الحق[1] (موضوع الدعوي الأصلية) بتأكيد حق المدعي أو نفيه، وإنما كل ما عليه فعله هو البحث السطحي في طلبات المدعي وبالقدر الذي يسمح له بتأسيس قراره بوقف صرف مبلغ الضمانة أو رفضه.

2. إصابة العميل الآمر (المدعي) بضرر يتعذر تداركه

وهذا الأمر يتعين علي العميل الآمر إثباته للمحكمة، والتى لابد أن تراعي وجوده ضمن الشروط اللازمة لاستصدار قرارها بمنع الصرف.

فعلى العميل الآمر أن يثبت أن قيام البنك بصرف مبلغ الضمانة للمستفيد سوف يسبب له أضرارا مالية[2] يتعذر تداركها، بمعني أن الدفع للمستفيد الذي ارتكب غشا واضحا في عقد الأساس سيلحق بالعميل أضرارا محققة، فهو -العميل- من جهة أصيب بأضرار مؤكدة نتيجة غش المستفيد الذي يؤدي بطبيعة الحال إلى تنفيذ معيب لعقد الأساس، ومن جهة أخرى سيتضرر نتيجة لخروج المال من ذمته المالية، والذي يتمثل بطبيعة الحال في مبلغ الضمانة والضرر الذي يلحق العميل سيكون محققا إذا نجح في دعواه الأصلية ضد المستفيد وأثبت في حق الأخير الغش، فإذا تم الوفاء رغم ذلك، فإن هذا الأمر سيمثل خسارة العميل الآمر كان من الممكن تداركها[3].

[1] حاتم محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص379.

[2] عبد الرحمن، المرجع السابق، ص378.

[3] Uncitral, Year Book, p. 370.

ومعيار تحديد الضر الذي يتعذر تداركه (Irreparable Harm) لابد أن يكـون معيـارا شخصيا (Subjective Standard) ينظر فيه إلى كـل حالـة عـلي حـدة فتكـون المرجعيـة مقـدار الضرر الذي سيصيب العميل الآمر في عملية تجارية بعينها في حال تم صرف مبلغ الـضمانة، فـلا ينظر إلى وضع العميل الآمر بصفة عامة من حيث كونه تأجرا مقتدرا أو غير ذلك.

والقول الفاصل في تحديد تحقيق الضرر الذي يتعذر تداركه من عدمـه يرجـع للقـاضي الذي ينظر طلب وقف الصرف يستقل بتقديره من واقع الأوراق المرفقة بطلب الوقف، والبحث الظاهر في النزاع الموضوعي.

3. أن يكون للمدعي "العميل الآمر" فرصة في كسب الدعوى الأصلية بالغش

ذكرنا أعلاه أن طلب وقف الصرف يأتي بالتزامن مـع دعـوي أصـلية بـالغش ترفـع مـن العميل الآمر علي المستفيد يكون مصدر الخلاف فيها الغش في عقد الأساس، هذه الـدعوى لابـد أن تكون لها انعكاساتها عندما ينظر القضاء طلب وقف الصرف المقدم من العميل الآمـر، فلابـد أن يكون للعميل الأمر احتمالا ظاهرا في كسب الدعوي الأصلية بالغش، وذلك بناء علي الأسـانيد التى يقدمها[1].

فعلى القاضي عند فحصه الظاهري لأوراق الدعوي التأكد من توافر هذا الشرط حتى لا يكون إصدار قرار الوقف عبثيا إذا ما فشل العميل الآمر في إثبات دعـوى الغـش ضـد المـستفيد الذي سيتضرر حتما تبعا لذلك.

---

[1] عبد الرحمن، المرجع السابق، ص359.

ويعـرف هـذا الـشرط عنـد القـضاء الأمـريكي باحتماليـة النجـاح في دعـوى الأسـاس Probability of success on the merits [1] والتى تؤكد المحاكم الأمريكية عـلي ضرورة تـوافره جنبا إلى جنب مع بقية الشروط محل الدراسة في هذه الفقرة.

4. أن يكون الضرر الذي سيصيب المدعي أكبر من الضرر الـذي يـصيب المـدعي عليـه في حالـة عدم إصدار الأمر

لابد أن تأخذ المحكمة في حسبانها عند تقدير ما إذا كانت ستصدر قرار مؤقتا بالمنع أم لا مصالح الطرفين (العميل الآمر، والمـستفيد) وأن تـوازن بـين حجـم الأضرار المحتملـة التـى قـد تصيب كلا منهما في حالة إصدار القرار بوقف الصرف أو رفض إصداره.

فالإدعاء بالغش من جانب العميل الآمر ضد المستفيد مهما كان مؤيـدا بأسـانيد قويـة يظل في المحصلة مجرد ادعاء في حاجة لتأكيـد قـضائي عـن طريـق الحكـم الفاصـل في الموضـوع، لذلك فالمحكمة التى تنظر طلب وقف الصرف للغش مدعوة إلى أن تنظر بعين الاعتبـار لمـصالح المدعى عليه أيضا، بأن تمتنع عن إصدار الأمر إذا كانت الأضرار المحتملة التى ستصيب المـستفيد (المدعي) أكبر من الأضرار التى ستصيب العميل الآمر (المدعى عليه).

أما إذا كان العكس هو الصحيح بأن كان ميـزان تقـدير الأضرار يميـل نحـو المدعي (العميـل الآمـر)، وأن المـدعي عليـه لـن يتـضرر جـراء الأمـر المؤقـت بمنـع الصرف فهنا يتوافر هذا الشرط ويمكن للمحكمة إصدار قرارها بوقـف صرف مبلـغ الـضمانة المـصرفية المـستقلة وفي ذات الـسياق حكـم القـضاء الأمـريكي في أكـثر

---

1 UNCITRAL Year Book, p356.

من مناسبة ضد هيئات حكومية إيرانية في نهاية السبعينات من القرن الماضي[1] بوقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة (خطابات الضمان) علي أساس أن وقف الصرف لن يضر بالمستفيدين بينما سيلحق أضرار كبيرة بالعملاء الآمرين الذين كانوا عددا من الشركات الأمريكية.

إذا ورغم التسليم بأهمية مبدأ استقلال الضمانات المصرفية المستقلة كدعامة تحول دون منع المستفيد من اقتضاء حقه إلا أن هذا المبدأ لا ينبغي أن يكون عقبة تعجيزية[2] "Insurmountable Obstacle" أمام توفير الحماية الوقتية، وهذا ما دفع القضاء المقارن بإصدار العديد من القرارات التى تقضي بالمنع من الصرف كما يظهر من خلال التطبيقات القضائية التالية.

ثانيا: التطبيقات القضائية المقارنة

يهمنا في البداية أن نشير إلى أنه لم تعرض علي القضاء الليبي فيما نعلم واقعة تتعلق بالغش في الضمانات المصرفية المستقلة، سواء فيما يتعلق بخطابات الضمان، أو الاعتمادات المستندية، بل لم نجد في بحثنا أحكاما حتى علي مستوى القضاء العربي باستثناء ما تمت الإشارة إليه من حكم مجلس القضاء الأعلى المغربي.[3]لذلك فلا مناص من اللجوء إلى التطبيقات القضائية المقارنة التى تناولت الغش في الضمانات المصرفية المستقلة، ومع ذلك فإننا لن نتناول جميع القرارات القضائية في هذا الصدد، فلا المقام ولا المقال يتيح هذا الأمر، وإنما سنركز بالدراسة علي بعضها، والتى تبلورت في إطارها الخطوط العريضة للغش كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة.

---

[1] عبد الرحمن، المرجع السابق، ص167 وما بعدها.

[2] UNCITRAL Year Book, p369.

[3] انظر، ص40 من هذا الكتاب.

ورغم أن معظم الأحكام صدرت بمناسبة اعتمادات مستندية إلا أن ما جاءت به من أفكار قابل للتطبيق، وبنفس الدرجة والكيفية علي خطابات الضمان، وعرضا للمسألة ندرس موقف القضاء الأمريكي (أ) والبريطاني (ب) لنختم ببيان موقف القضاء الفرنسي (ج).

أ. موقف القضاء الأمريكي

القضية الأساسية التى بالنظر إليها يؤرخ، ويحدد موقف القضاء الأمريكي هي قضية:

Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation et al [1]

والتي عرضت علي المحكمة العليا بولاية نيويورك الأمريكية سنه1941.

وتتعلق هذه القضية بإعتماد مستندي، وتتلخص وقائعها في أن البائع أبرم مع المشتري عقد بيع بضائع، وضمانا لسداد ثمن البضاعة طلب المشتري من بنكه إصدار اعتماد مستندي لصالح البائع حيث يتم تسليمه إلى الأخير بناءً علي مستندات تمثل البضاعة، وتمام شحنها.

قام البائع بإرسال صناديق تحتوي علي نفايات بدلا من البضاعة المطلوبة، وبعد أن اكتشف المشترى غش البائع لجأ إلى القضاء وقدم طلبا لوقف صرف الاعتماد المستندي بحجة غش المستفيد، رد الأخير أن المحكمة ليس من شأنها النظر في عقد الأساس، بل في معاملة الاعتماد المستندي فقط، وذلك

---

[1] Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation et al, 177 Misc. 719, 31 N.Y.S.2d 631 [1944].

تطبيقا لمبدأ الاستقلال. واحتج المستفيد بأن المستندات التى قدمها للبنك مطابقة لشروط الاعتماد، رفض القاضي "Shientag" هذه الحجة، وأصدر قراراه بمنع البنك من صرف مبلغ الاعتماد لصالح البائع بعد أن ثبت غشه، وقد جاء في أسباب الحكم:

"The principle of independence of the bank's obligation under the letter of credit should not be extended to protect the unscrupulous seller."[1]

"مبدأ استقلال التزام البنك في الاعتماد المستندي لا ينبغي أن يكون غطاءً لحماية البائع عديم الضمير."

وكانعكاس لهذا القضاء تم تضمين قواعد الغش في المادة 114/5 من القانون التجاري الأمريكي الموحد (U/C.C) سنة 1950 [(2)] وامتدت بعدها علي مستوي الولايات المتحدة الأمريكية في أكثر من قضية، ولعل أبرزها القضايا التى جمعت مؤسسات حكومية إيرانية، وشركات أمريكية مختلفة نذكر منها علي سبيل المثال *Harris Corporation v. Nirt* وهذه القضية متعلقة بخطاب ضمان، وتتلخص وقائعها في أن (نيرت) وهي المؤسسة الوطنية الإيرانية للراديو والتلفزيون طلبت من هاريس سنه 1978 شراء معدات إرسال، ووافقت هاريس علي ذلك، ولكن المؤسسة الإيرانية (Nirt) طلبت من هاريس خطاب ضمان لتأمين وفاء هاريس بالتزاماتها.

---

[1] Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation et al, 177 Misc. 719, 31 N.Y.S.2d 631 [1944].

[2] Xiang Cao, 'The identity of the fraudulent party under the fraud rule in the law of letters of credit', *UNSW Law Journal* (2001).

وتضمن عقد شراء المعدات نصا يعفي هاريس من جميع التزاماتها عند حصول قوة قاهرة، وأثناء تنفيذ العقد، وبعد أن قامت هاريس بتنفيذ أكثر من 85% من التزاماتها قامت الثورة الإسلامية في إيران، وصاحبها العداء للمصالح الأمريكية، وخاصة بعد أزمة احتجاز الرهائن في السفارة الأمريكية بطهران، حيث رفضت السلطات الإيرانية الإذن بدخول بقية المعدات، أخطرت هاريس المؤسسة الإيرانية (نيرت) بالأمر، والذي اعتبرته قوة قاهرة تعفيها من بقية التزاماتها بموجب العقد، بيد أن نيرت طلبت من البنك المصدر لخطاب الضمان تسييله، بعد أن قدمت مستندا مزيفا يفيد أن هاريس أخفقت في تنفيذ التزاماتها.

لجأت هاريس إلى القضاء بطلب منع تسييل الخطاب لصالح (نيرت) بدعوى غش الأخيرة، وافقت محكمة فلوريدا الوسطي علي إصدار قرار المنع، وأيدت الحكم الدائرة الحادية عشر، بمحكمة الاستئناف للولايات المتحدة الأمريكية في 1982/11/22[1].

ب. موقف القضاء البريطاني

كما تصنف *SZTEJN* باعتبارها السابقة الأساسية لظهور الغش كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة في الولايات المتحدة الأمريكية فإن قضية United City Merchants ((U.C.M)) تحظي بنفس الأهمية في القضاء الإنجليزي.[2]

[1] Harris Corporation v.National Iranian Radio and Television and Bank Melli Iran 691 f.2d 1344 [1982].

[2] United City of Merchandise (U.C.M) V. Royal Bank of Canada (R.B.C) [1983] 1 AC 168.

وتتلخص وقائع هذه القضية أنه في أكتوبر 1975 دخلت شركة Glass Fiber and

(Equipment Ltd (G.F.E)) في عقد بيع مع شركة من البيرو، واتفق الطرفان علي أن يكون الدفع بموجب إعتماد مستندي قطعي يصدر عن بنك في البيرو ويتم تأكيد الدفع بواسطة بنك كندا الملك (R.B.C) قام المستفيد من الاعتماد المستندي القطعي (G.F.E) بحوالة حقه في مبلغ الاعتماد المستندي إلى (U.C.M) وتم أخطار البنك المصدر للاعتماد المستندي بهذه الحوالة.

قد كان من المقرر أن يتم شحن البضائع في مدة أقصاها 15 ديسمبر 1976 ولكن لم يتم شحنها في الموعد المحدد، وإنما شحنت في 16 ديسمبر، وعندما قدمت المستندات للبنك (R.B.C) رفض دفع المبلغ باعتبار أن التاريخ المذكور في سند الشحن ليس التاريخ الذي تم فيه بالفعل شحن البضاعة، وإنما تم تغيير التاريخ بطريق الغش.

رفع المستفيد دعوي ضد البنك لامتناعه الخاطئ عن الدفع Wrongful Dishonor ودفع البنك بوجود غش في المعاملة، وعندما عرضت المسألة علي مجلس اللوردات في بريطانيا سنه 1978 أيد موقف البنك في الامتناع حيث قال:

"The bank ought not to pay the amount of the letter of credit if it knows that the docments are forged or that the rquest for payment is made fraudulently".

"يحق للبنك الامتناع عن الدفع إذ نما إلى علمه أن المستندات مزيفة أو أن طلب الدفع قد تم بطريق الغش" [1].

ج. موقف القضاء الفرنسي

وفي بيان موقف القضاء الفرنسي نشير لحكم محكمة النقض الفرنسية سنة 1954 في قضية تتلخص وقائعها في أن المشتري قد تعاقد مع البائع علي شراء ساعات سويسرية الصنع من صنف جيد، وتم الاتفاق علي أن يتم الدفع بموجب اعتماد مستندي يفتح لصالح البائع، وبدلا من أن يقوم البائع بإرسال الساعات من الصنف المتفق عليه أرسل ساعات من صنف ردئ جداً، وقدم مستندات مزيفة في حقيقتها وسليمة في ظاهرها تشير أن الساعات من النوع لمتفق عليه.

ولكن البضاعة وصلت إلى المشترى بالبريد قبل وصول المستندات فأبلغ جنائيا ضد البائع بتهمة النصب، وأخطر البنك بالامتناع عن الدفع.

لجأ البائع إلى محكمة السين بحة أن الاعتماد مستقل عن عقد البيع، وطالب بالدفع بينما طلب المشتري تأجيل القضية حتى بفصل في الدعوي الجنائية الخاصة بالنصب عملا بمبدأ "الجنائي يوقف المدني" ولكن محكمة السين حكمت لصالح البائع استأنف المشتري الحكم أمام محكمة باريس سنة 1949 والتى قضت "إن كان الاعتماد المستندي، والبيع عقدين مستقلين ينشئ كل منهما التزامات مختلفة، وأن عدم تنفيذ أحدهما لا يؤثر علي العقد الآخر فإن الأمر يختلف في حالة الغش". طعن البائع في هذا الحكم، الذي أقر وجود الغش

---

1 Xiany Gao, *The Fraud Roles In The Law Of Letters Of Credit, A Comparative Stude*, (Kiwer Law International, 2002) 124.

ومنع الوفاء للبائع، أمام محكمة النقض الفرنسية في 4 مارس 1954 والتى رفـضت الطعـن ورأت أن الغش الواقع من البائع كما أفسد العلاقة الناتجة عن عقـد البيـع بينـه، وبـين المـشتري، هـذا إمتد ليفسد أيضا علاقة البنك بالبائع الناتجة عن الاعتماد المستندي.

صفوة القول، من خلال بيان الأحكام القضائية السابقة في الولايات المتحـدة الأمريكيـة وبريطانيا، وفرنسا يتضح أجماعها علي اعتبار الغش معوقا للـضمانات المـصرفية المـستقلة يـؤدي إلى تقويض مبدأ استقلال هذه الضمانات ويؤدي إلى تعطيلها.

ولكن ما هي الوسيلة القضائية التى يمكن من خلالهـا وقـف صرف الـضمانة المـصرفية المستقلة للغش في القانون الليبي؟

المطلب الثاني

وقف صرف الضمانة المصرفية في القانون الليبي

يهمنا التأكيد مرة أخري أن المقصود بوقف صرف مبلغ الضمانة المـصرفية المـستقلة ليس منع البنك بصورة دائمة من الوفاء بمبلغها للمستفيد، وإعادة المال إلى العميـل الآمـر في حال استحقاقه له[1] وإنما فقط تجميد مبلغ الضمانة حمايـة للعميـل الآمـر حتـى يفـصل في إدعائه بالغش ضد المستفيد، والوسيلة التى تحقق هذا الغرض تختلف مـن دولـة إلى أخـري مــن حيــث الإجــراءات والمــسميات فهــي تعــرف في بريطانيــا بــأوامر المنــع التمهيــدي

---

[1] وهي حالة ما إذا كان المبلغ المرصود للضمانة المصرفية المـستقلة عبـارة عـن غطـاء تـم اقتطاعـه مـن حساب العميل الأمر لصالح المستفيد.

Preliminary Injunction وفي فرنسا بالأوامر الاستعجالية Ordonnances de Referee" [1].

وما يهمنا هو البحث عن الوسائل القضائية التى يمكن اللجوء إليها في القانون الليبي لمنع البنك من صرف قيمة الضمانة المصرفية المستقلة للغش دون أن يكون غرض البحث طرح هذه الوسائل من الناحية الإجرائية فذلك محله مؤلفات المرافعات، وإنما سنركز بحثنا حول بيان الخطوط العريضة للوسائل المتاحة، وبيان ما إذا كان تركيبها يستوعب معالجة الغش كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة من حيث توفير حماية وقتية للعميل الآمر لمنع البنك من صرف مبلغ الضمانة للمستفيد.

فهل يجد العميل الآمر ضالته باللجوء إلى التحكيم عند وجود اتفاق عليه (أولا) أم يمكن اللجوء إلى مؤسسة الحجوز (ثانيا) أم القضاء المستعجل (ثالثا) أم أن الحل يتمثل في اللجوء إلى القضاء الولائي (رابعا).

أولا: اللجوء إلى هيئة التحكيم

قد يكون عقد الأساس، البيع أو المقاولة مثلا، محلاً شرط تحكيم بين المستفيد، وبين العميل الآمر، وهذا الأمر غالبا ما يحصل في عقود التجارة الدولية فهل يكون ثمة إمكانية للجوء العميل الآمر إلى هيئة التحكيم التى تنظر النزاع المتعلق بعقد الأساس بينه وبين المستفيد، ويطلب من هذه الهيئة حماية وقتية إلى حين الفصل في مسألة وجود الغش؟

---

[1] UNCITRAL, Year Book, p. 368.

هذا السؤال يطرح نفسه بقوة إذا ما علمنا أن هيئة التحكيم التى تنظر الإدعاء بالغش في عقد الأساس قد تكون أقدر علي تقدير إمكانية وقف صرف مبلغ الضمانة لوجود الغش من جهة، ومن جهة أخري، أن بعض التشريعات كالمادة (24) من قانون التحكيم المصري سلنه 1994 تعطي لهيئة التحكيم إمكانية اتخاذ إجراءات وقتية، ولاشك أن منع الصرف يدخل ضمن زمرة الإجراءات الوقتية كما سبق ذكره.

فيما يخص الوضع في القانون الليبي نرى أنه ليس لهيئة التحكيم التى تنظر النزاع بين العميل الآمر، وبين المستفيد أن تصدر قرار يمنع البنك مؤقتا من الوفاء وذلك لأن نص المادة (758) من قانون المرافعات الليبي يحظر علي المحكمين أن يأذنوا بالحجز علي أموال المدين، أو أن يصدروا قرارات باتخاذ إجراءات تحفظية.

علاوة علي ذلك حتى في ظل القوانين التى تسمح للمحكمين بإصدار قرارات بتوفير حماية وقتية للمتخاصمين نرى مع البعض[1] أنه ليس للمحكمين إصدار قرار بالمنع من صرف مبلغ الضمانة المستقلة، والسبب في ذلك أن أي قرار يصدر عن المحكمين سواء أكان بإجراء وقتي أو غيره لا يجوز أن يوجه إلا لأطراف خصومة التحكيم، بينما بخصوص منع صرف مبلغ الضمانة للغش لابد أن يوجه القرار إلى البنك الملزم بالدفع، وهذا الأخير ليس طرفا في خصومة التحكيم، فلا يجوز للمحكمين توجيه أي أوامر إليه[2].

---

[1] رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2007، ص86.

[2] المرجع السابق، نفس الموضع.

إذا فالوسيلة الوحيدة لتلافي مخاطر صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة لوجود غش هي بطلب الحماية الوقتية من القضاء الرسمي بالدولة، ولكن ممن تحديداً؟

ثانيا: اللجوء إلى حجز ما للمدين لدي الغير

تناول حجز ما للمدين لدي الغير قانون المرافعات الليبي في المادة (547) وما بعدها حيث نصت المادة (457) "يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود، حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينة لدي الغير من المصالح أو الديون، ولو كانت مؤجلة أو معلقة علي شرط، وما يكون له من الأعيان المنقولة في يد الغير".

وقد نص علي هذا النوع من الحجوز مشروع قانون المرافعات الليبي الجديد في المادة (552) منه، إلا أنه اكتفي باشتراط أن يكون الدين حال الأداء، وأسقط شرط متحقق الوجود المطلوب بموجب قانون المرافعات الساري حإلىا.

ونرى أن هذا التوجه لمشروع قانون المرافعات الجديد يعتبر توجها محمودا حيث يخرج مال من ذمة المحجوز عليه، أما حجز ما للمدين لدي الغير فلا يرتب مباشرة هذه النتيجة، وإنما فقط تجميد المال لدي المحجوز لديه ريثما يحكم بصحته أو بطلانه بناء علي تصديق طالب الحجز في أدعائه أو عدم تصديقه، وفقط عند الحكم بصحة الحجز يمكن التنفيذ علي المال المحجوز لدي الغير، فهذا النوع من الحجوز يبدأ تحفيظا، وينتهي تنفيذياً[1].

---

[1] أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط10، 1991، ص485.

والمجال الأكثر شيوعا لحجز ما للمدين لدي الغير يتمثل في حجز أموال المدين لدي المصارف[1]، كالأرصدة وما يقوم المدين بوضعه في خزائن المصارف الحديدية من منقولات حيث يلجأ الدائن لإصدار أمر قضائي بتجميد هذه الأموال لمنع البنك من الوفاء بها للمدين.

لكن هل يمكن الاستناد لحجز ما للمدين لدي الغير كوسيلة لتجميد مبلغ الاعتماد المستندي، أو خطاب الضمان ريثما يفصل في دعوي الغش؟

رغم تسليمنا بوجوب احترام مبدأ استقلال إلتزام البنك في مواجهة المستفيد من عقد الضمانة المصرفية المستقلة، إلا أنه لابد أن نوفر للعميل الآمر في حالة تعرضه لغش واضح وفقا للشروط السابق بيانها جميع الوسائل القضائية الممكنة التى تكفل له التصدي لهذا الغش، فيكون للعميل الآمر أن يلجأ للقضاء وفقا لإجراءات حجز ما للمدين لدي الغير (المواد 459، 460 مرافعات) بطلب تجميد مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة لدي البنك، وهذا الأمر يمكن استخلاصه من حكم لمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1997/11/19 حيث قالت: لا يجوز للعميل الآمر أو البنك أن يعطل صرف قيمة خطاب الضمان في غير حالة الغش عن طريق توقيع الحجز على تلك القيمة" [2].

ورغم تعلق الحكم المذكور بخطاب ضمان إلا أنه يجد مجال تطبيقه بخصوص الاعتمادات المستندية أيضا لاتحاد العلة، وهي محاربة الغش وسوء النية، في هاتين الوسيلتين الحيويين في ضمان حسن تنفيذ المعاملات التجارية.

---

[1] أستاذنا الكوني أعبوده، محاضرات غير منشورة في التنفيذ الجبري، القيت علي طلبة السنة الرابعة، للعام الجامعي 2006، 2007.

[2] حاتم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص376.

والجدير بالذكر أن مشروع قانون المرافقات الليبي الجديد (م554) أعطي لقاضي التنفيذ المستحدث حق إصدار أمر بحجز ما للمدين لدي الغير في حالة عدم وجود سند تنفيذي بيد الدائن[1] وحسناً فعل بحصره كل ما يتعلق بالحجز، والتنفيذ بيد قاض متخصص.

ثالثا: اللجوء إلى القضاء المستعجل

فتح باب اللجوء إلى القضاء المستعجل يأتي في أطار الجهود التشريعية للحد من ظاهرة بطء العدالة بتوفير حماية قضائية وقتية عاجلة لكل ذي حق مهدد بالضياع، وهو علي عكس القضاء الولائي ـ حيث لا خصومة ولا نزاع ـ قضاء ذو طبيعة نزاعية يصدر أحكاما بناء علي تكليف بالحضور، وبين خصمين يفترض تواجدهما[2].

ويمثل القضاء المستعجل في ليبيا حسب المادة (25) من قانون المرافعات رئيس المحكمة الابتدائية، أو من يقوم مقامه بالنسبة لاختصاص المحكمة الابتدائية، وفي المسائل الجزئية يكون قاضي الأمور المستعجلة هو قاض المحكمة الجزئية، وبذلك يكون المشرع الليبي قد حدد اختصاص القضاء المستعجل بالنظر إلى قيمة الدعوى كما أكدت علي ذلك المحكمة العليا الليبية بتاريخ 1996/5/2 [3].

وينتقد بعض الفقه هذا التقسيم، ويستحسن ترك الأمر للقاضي الذي ينظر الدعوي الأصلية[4] وهذا الأمر يتناسب تماما مع حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة حيث يكون القاضي الذي ينظر الدعوي المتعلقة بعقد الأساس

---

[1] وهذا هو الحال بخصوص الغش في الضمانات المستقلة.

[2] الكوني علي عبوده، المرجع السابق، ص391.

[3] مجلة المحكمة العليا، العدد 10/4ق، ص29.

[4] أحمد أبو زقية، قانون المرافعات، منشورات جامعة قاريونس، ط1، 2003، ص43.

هو الأكثر إطلاعا، وبالتالي الأقدر علي تقدير مدي إمكانية إصدار حكم مستعجل بوقف صرف مبلغ الضمانة.

ولكن قبل ذلك يتوجب التساؤل عن المتطلبات العامة للجوء إلى القضاء المستعجل (أ)، وهل تنطبق هذه المتطلبات علي حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة (ب).

أ. المتطلبات العامة للجوء إلى القضاء المستعجل

القضاء المستعجل كما يستنتج من تسميته يفترض توافر عنصر الاستعجال وباعتبار أن ما يترتب عليه هو حكم وقتي[1] فلابد إلا يمس بأصل الحق.

1. توافر شرط الاستعجال

لابد أن يتوافر في طلب المدعي عنصر الاستعجال، وهذا الشرط يمثل عنصرا خارجيا مرتبطا بالواقعة موضوع الدعوي[2]، ويتحقق ضررا قد لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي، فيتوافر عنصر الاستعجال إذا تبين لقاضي الأمور المستعجلة أن الحماية الوقتية المطلوبة منه محلها المحافظة علي حق يخشي فواته، ولا يتحمل الانتظار حتى يفصل في أصل النزاع[3]، وإنما لابد من توفير حماية وقتية عاجلة حتى لا يضيع هذا الحق ويلحق المدعي به ضررا قد يتعذر تداركه.

---

[1] نقض مدني ليبي رقم 22/32ق بتاريخ 1977/3/9، مجلة م.ع، عدد 14، ص164.

[2] مصطفي هرجه، أحكام وآراء في القضاء المستعجل، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، بدون طبعة، 1989، ص9.

[3] هرجه، المرجع الساق، ص9.

ومن أمثلة المسائل المستعجلة طلب تعيين حارس قضائي فقد يكون هناك نزاع علي ملكيته مال معين، ويخشي من بقائه في يد حائزة فقد يكون معسرا يخشي منه التصرف في هذا المال، فيطلب علي وجه الاستعجال تعيين حارس ليتولي حفظ هذا المال حتى يفصل في الدعوي الأصلية المتعلقة به[1].

2. عدم المساس بأصل الحق

والعنصر الثاني من متطلبات اللجوء إلى القضاء المستعجل عدم المساس بأصل الحق المتنازع فيه، وهذا الشرط علي العكس من سابقه، يعتبر عنصرا داخليا ينشأ من القانون، ويتعلق بالقاضي وحده.[2] فطالما أن المطلوب حماية وقتية لتلافي خطر داهم، فلابد أن يقتصر الأمر علي بحث ظاهري في مستندات الخصوم بالقدر الذي يمكن القاضي من تحديد وجود هذا الخطر أو عدم وجوده، بحيث لا يجوز له المساس بأصل الحق، ففي الطلب المستعجل بتعيين حارس علي العين محل النزاع تتحدد سلطة القاضي بالنظر الظاهري في المستندات دون أن يكون مخولا بالحكم بالملكية لأحد الخصوم[3].

وقد تناولت المحكمة العليا الليبية هذين الشرطين في مبدأ غير منشور بتاريخ 1996/11/4 حيث قالت: أن القاعدة أنه كلما كان حق مهدد بضرر يتحتم الإسراع إلى دفعه، ولا يجدي في ذلك الالتجاء إلى القضاء العادي جاز لصاحب الحق الالتجاء إلى القضاء المستعجل ليستصدر حكما بما جاء عاجل يحمي به حقه ومن ثم يتحدد شرط اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بوجود استعجال يبرر الإجراء الوقتي العاجل، وألا يمس في قضائه أصل الحق الذي

---

[1] أبو الوفا، المرجع السابق، ص350.

[2] هرجه، المرجع السابق.

[3] أبو الوفا، المرجع السابق، ص350.

يبقى سليما يتناضل فيه الخصوم أمام قاضي الموضوع"[1]، فهل تجد هذه المتطلبات مجال تطبيقها بخصوص الحكم بمنع صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للغش؟

ب. تطبيق هذه المتطلبات علي حالة الغش

بالنظر إلى ما قد يترتب علي الغش في الضمانات المصرفية المستقلة من ضرر للعميل الآمر فهل يكون لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء المستعجل بطلب حكم وقتي يمنع صرف مبلغ الضمانة للمستفيد؟

من حيث المبدأ نرى عدم وجود مانع من ذلك بالنظر إلى توافر عنصر الاستعجال وعدم الحاجة للمساس بأصل الحق.

1. من حيث عنصر الاستعجال

عنصر الاستعجال وبالتحديد السابق بيانه أعلاه يبدو ولاشك متوافرا بخصوص حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة، فصرف مبلغ الضمانة للمستفيد رغم وقوع غش منه يتضمن خطرا داهما يترتب عليه ضرر مؤكد للعميل الآمر ومكمن الخطر أن وراء غش المستفيد يتخفي تنفيذ معيب لعقد الأساس وبصرف مبلغ الضمانة رغم ذلك يتضرر العميل الآمر. إذ قواعد العدالة تقتضي حماية العميل من هذا الخطر.

لذلك لابد أن يشرع الباب للعميل الآمر في اللجوء إلى القضاء المستعجل لدرء هذا الخطر، وعدم ترك الأمر، والإنتظار حتى يفصل القضاء العادي في أصل النزاع (الغش في عقد الأساس) فهذا الأمر يصاحبه احتمال

---

[1] نقض مدني ليبي، رقم 40/190ق، "غير منشور".

كبير بضياع حق المدعي فشرط الاستعجال المبرر للحماية الوقتية المتمثلة في منع صرف مبلغ الضمانة متوافر.

2. عدم المساس بأصل الحق

أيا كان القاضي الذي لجأ إليه العميل الآمر بطلب وقف الصرف سواء كان قاضي المحكمة الجزئية في النصاب الجزئي، أو قاضي المحكمة الابتدائية في الاختصاص الابتدائي أو القاضي الذي ينظر الدعوي الأصلية، وهذا الذي نؤيده، فهو لا يحتاج للمساس بأصل الحق للحكم بوقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، فقد سبق أن ذكرنا أن الإدعاء بالغش لابد أن يكون مؤسسا علي دليل واضح، فكل ما يقع علي عاتق القاضي هنا هو أن يتأكد من وجود هذا الدليل دون أن يكون مضطرا للحكم بصدق هذا الدليل أو كذبه، وإنما فقط النظر فيه وبالقدر اللازم الذي يمكنه من تكوين رأي بمنح الحكم المستعجل بمنع الصرف أو رفض منحه.

إذا ومن خلال ما تقدم يبدو أن الطريق ممهدة أمام العميل الآمر في اللجوء إلى القضاء المستعجل بطلب منع الصرف إذا ما تعرض لغش من المتوقع أن يفسد علاقته بالمستفيد.

ومن جهتنا نرى أن هذه الوسيلة قد تبدو في أحيان كثيرة قاصرة ولا تقدم علاجا عمليا لجميع حالات الغش في الضمانات المصرفية المستقلة وذلك إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن المعاملات التى تنشأ هذه الضمانات لتأمينها غالبا ما تربط بين أطراف لا يقيمون في دولة واحدة فإذا كان العميل الآمر يقيم في ليبيا والمستفيد في إيطإلىا فكيف يمكن للأول مقاضاة الثاني أمام القضاء المستعجل الذي يفترض المواجهة بين الخصوم إذا اللجوء إلى القضاء المستعجل

قد لا يشكل حلا كافيا ولكن هل من وسيلة أخري لا تفترض مبدأ المواجهة، وتحقق الغرض المطلوب؟

رابعا: اللجوء إلى القضاء الولائي (الأوامر علي عرائض)

يشمل القضاء الولائي صورتين: الأوامر علي عرائض، وأوامر الأداء. والثانية لا تعنينا دراستها لأن حالات استصدارها محدده علي سبيل الحصر ولا يمكن الاستفادة منها في منع صرف الضمانة المصرفية المستقلة للغش، والذي يعنينا هو دراسة الأوامر علي عرائض كوسيلة محتملة لوقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، وهذه الصورة من الصور التقاضي تختلف عن الصور الراسخة في أذهان البعض من غير المتخصصين الذين يرون أن القاضي لا يباشر عمله إلا بوجود خصوم ونزاع، فهذه الصورة من صور النشاط القضائي لا تفترض خصوما ولا نزاعا[1]، وإنما هي عبارة عن قرارات قضائية تصدر عن قاضي الأمور الوقتية علي الطلبات التى يتقدم بها ذو الشأن في شكل عرائض دون أي مواجهة بقصد الإذن بعمل أو إجراء قانوني معين[2]، ومما يزيد من فعالية نظام الأوامر علي عرائض كوسيلة للحد من مخاطر وعقبات النظام القانوني أنها تنفذ نفاذا معجلا بقوة القانون وفقا للمادة 379 من قانون المرافقات الليبي[3]، فهل يمكن للعميل الآمر اللجوء إلى هذه الوسيلة الفعالة لاستصدار أمر من قاضي الأمور الوقتية بوقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للمستفيد لوجود غش في المعاملة.

---

1 الكوني عبودة، المرجع السابق، ص387.

2 نفس المرجع السابق، ص388.

3 الكوني علي عبودة، القواعد العامة للتنفيذ الجبري، المركز القومي للبحوث والدراسات، ط1، 2003، ص117.

وفقا للصياغة الحالية لنص المادة (392) من قانون المرافقات الليبي لا نرى ما يمنع من ذلك، حيث تنص المادة المذكورة "في الأحوال التى يكون فيها للخصم وجه في استـصدار أمـر" ولم يحدد نص المادة (293) أو ما بعدها ما هي الأحوال التى يكون فيها للخصم" وجها في استـصدار أمر" وإنما جاء النص مطلقا دونما تحديد لحالات معينة علي سبيل الحصر، وهذا مـا ذهـب إليـه استاذنا الدكتور الكوني اعبوده، حيث رأي أن المشرع لم يحدد حالات استصدار الأمر علي عريضة علي سبيل الحصر، واعتبر أن "هذا الرأي هو الذي يلبي حاجة العمل بالنظر للتطـور المـستمر في مختلف المجالات، وما ينجم عنه من مشاكل تتطلب إجـراءات وقتيـة، أو تحفظيـة لم ينتبـه لهـا المشرع عند وضعه للقانون"[1] وهذا التحليل يصدق تماما عـلي حالـة الغـش كمعـوق للـضمانات المصرفية المستقلة حيـث لم يتوقعـه المـشرع الليبـي ولا غـيره مـن المـشرعين - باسـتثناء القـانون الأمريكي- في معظم دول العالم. لذلك كان لزاما إيجاد وسيلة تتسم بالسرعة، والفعاليـة يـتمكن من خلالها العميل الآمر الذي تعرض لغش فادح من حماية مصالحة بطلب حماية وقتيـة ومنـع البنك من صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة.

وصياغة نص المادة (293) المذكور أعـلاه يكـاد لا يختلـف عـن نـص المـادة (306) مـن مشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي الجديد[2].

ويـذكر أن قـانون المرافعـات المـدني المـصري لـسنه 1969 بعـد تعديلـه بالقـانون رقـم (23) لـسنه 1992 حـدد حـالات استـصدار الأوامـر عـلي عـرائض

---

[1] الكوني أعبوده، المرجع السابق، ص392.

[2] باستثناء أن المادة (306) من مشروع قانون المرافعـات الجديـد نـصت صراحـة عـلي إمكانيـة تقـديم الطلب بأمر علي عريضة للمحكمة التى تنتظر النزاع علي عكس النص الحإلى الذي يذكر عبارة المحكمة المختصة دون تحديد.

علي سبيل الحصر[1] فلا يمكن للعميل الآمر في ظل هذا التحديد المطالبة بإصدار أمر علي عريضة لوقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة لوجود الغش[2] بعكس الحال قبل التعديل حيث كان الوضع مماثلا لما هو عليه في ظل القانون الليبي حالياً[3].

ويذهب بعض من الفقه في مصر إلى انتقاد هذا التعديل[4] باعتبار أنه لا يوفر المرونة اللازمة لمواجهة حالات يبدو من العدل وحسن النظر السماح بإصدار أمر علي عريضة لمعالجتها، وأقربها إلى الذهن حالة الأمر بمنع المستفيد من الاستفادة من سوء نيته وذلك بإصدار أمر علي عريضة لمنع البنك من تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة لصالحه.

إذا وفي ظل الصياغة الحالية للأحكام المنظمة للأوامر علي عرائض يحق للعميل الآمر الذي تعرض لغش في علاقته بالمستفيد أن يطلب من المحكمة التى تنظر النزاع المتعلق بالغش في عقد الأساس أمرا علي عريضة بوقف صرف مبلغ الضمانة للمستفيد، وذلك بتقديم طلب في شكل عريضة من نسختين تتضمنان البيانات الخاصة بطالب الأمر، والأساس القانوني لطلبه، والذي لابد أن يكون أسانيد داعمة لارتكاب غش في المعاملة من قبل المستفيد، كل ذلك بالتطبيق لنص المادة (293) مرافعات ليبي.

---

[1] فتحي وإلى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2008، ص783.

[2] حاتم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص374.

[3] وهو أيضا موقف قانون المرافقات المدنية التجارية التونسي، الفصل 214.

[4] وإلى، المرجع السابق، ص783.

وتتمتع المحكمة المختصة بسلطة تقديرية واسعة في قبول طلب وقف الصرف أو رفضه، وذلك بحس ما يظهر لها من الوقائع والأسباب وأدلة الإثبات المقدمة من العميل الأمر.

صفوة القول، بعد عرض الوسائل المتقدمة أن طريق الأوامر علي عرائض هو أنسبها للعميل الآمر من حيث بدايته، وتكوينه، وآثاره فهو يبدأ بإجراء بسيط عبارة عن طلب من نسختين للمحكمة المختصة وفي تكوينه لا يفترض خصومة تتواجه فيها الحجة بالحجة بما يطيل أمد النزاع، ومن حيث أثارة حيث أن سرعة تنفيذ الأوامر علي عرائض بعد صدورها مفروضة بموجب القانون وفقا لأحكام النفاذ المعجّل بقوة القانون"[1].

[1] الكوني اعبودة، التنفيذ الجبري، سق ذكره، ص117.

الفصل الثاني

التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

الفصل الثاني

التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

لقد مضي حين من الدهر علي تراجع النزعة الفردية في حلتها المطلقة بما تحمله من أفكار سيادة الفرد، وحريته اللامحدودة في استعمال حقه، حيث أصبح استعمال الحق الآن خاضعا لقيود توجب استعماله بما يتفق مع مبدأ حسن النية، وبطريقة لا يترتب عليها الإضرار بالغير، بحيث كلما تعسف صاحب حق في استعمال حقه لابد أن تترتب علي ذلك نتائج قانونية معينة توفر الحماية اللازمة لكل من يتضرر جراء هذا الاستعمال، هذا ما قرره القضاء في الدول التى تنتهج النظام اللاتيني وعلي رأسها فرنسا ليتلقف المشرع الأحكام القضائية الرائدة ويصوغ منها ما يعرف في الوقت الراهن بأحكام التعسف في استعمال الحق لتستقر في صدر القوانين المدنية في العديد من الدول نذكر منها: سويسرا (المادة 2)، وألمانيا (المادة 226)، وإيطاليا (المادة 833)، والنمسا المادة (1295)، وأسبانيا (المادة 281) واليونان (المادة 281)(1).

وقد جاء النص علي الأحكام العامة للتعسف في استعمال الحق في المادة الخامسة من القانون المدني الليبي، حيث نصت "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية":

أ- إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.

---

1 David Anderson, Abuse of Rights, (Alba Conference, Cambridge, 29 July, 2006) 2.

ب- إذا كانت المصالح التى يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التى يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

فقد حددت هذه المادة الحالات التى يكون فيها استعمال الحق غير مشروع أو تعسفي فهي لم تضف علي الحق وصف عدم المشروعية، وإنما أسبغت وصف عدم المشروعية علي كيفية استعمال الحق بحيث نكون بصدد تعسف في استعمال الحق كلما كان هناك تجاوز لغاية الحق أو كلما اندرج هذا الاستعمال تحت أي من الحالات أو المعايير الموضحة أعلاه، ولتترتب المسئولية القانونية عن الاستعمال التعسفي للحق.

وعلى ضوء الأحكام العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق، نبحث في التعسف في استعمال الحق في إطار الضمانات المستقلة.

فإذا كانت الضمانات المصرفية المستقلة عقودا فهي بلا شك تولد حقوقا لإطرافها لاسيما المستفيد منها، فنبحث كيف للمستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة أن يتعسف في استعمال حقه الناشئ بموجبها، ونشير إلى حالة تعسف البنك متى سمح سياق البحث بذلك[1] (المبحث الأول).

وتتضح صورة التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة باعتباره معوقا لها من خلال دراسة التطبيقات التى جاء بها القضاء المقارن في عدد من الدول، والتى وضحت أيضا الآثار الناجمة علي وقوعه (المبحث الثاني).

---

[1] وعلي كل حال فإن الصورة لا تزال غير واضحة بخصوص حالة تعسف البنك كما سوف نوضحه.

المبحث الأول

محددات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

يتحدد التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة بعكس الأفكار العامة لهذا المفهوم علي سلوك الأطراف المعنية في هذه الضمانات، وكذلك ببيان علاقته بالمعوق الآخر للضمانات المصرفية المستقلة كما سوف نوضحه من خلال بيان مفهوم التعسف في هذه الضمانات، وعلاقته بالغش (المطلب الأول).

وسيتضح لنا من خلال دراسة مفهوم التعسف أنه قد يقع من طرفي عقد الضمانة المصرفية المستقلة: المستفيد، والبنك كما سوف نوضحه من خلال بيان صور التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة[1] (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة وعلاقته بالغش

تحديد مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة أمر تكتنفه بعض الصعوبة ليس لأن هذا المفهوم لم يستقر حتى الآن بصدد هذه الضمانات، وإنما لأنه متصور الوقوع من طرفي الضمانات المصرفية المستقلة (أولاً).

وإذا ما تم لنا تحديد مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة يبقي لنا بيان علاقته بالغش لاسيما أن القضاء بل، وبعضا من الفقه يشير إلى التعسف

---

[1] هذا مع التأكيد أن الصورة الأساسية للتعسف في الضمانات المصرفية المستقلة هي صورة تعسف المستفيد لذلك سنركز عليها بالدراسة ونشير إلى حالة تعسف البنك كلما سمح المقام بذلك.

في الضمانات المصرفية المستقلة والغش في هذه الضمانات باعتبـارهما مترادفـين فنحـاول الفـصل بينهما (ثانياً).

أولا: مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

الضمانات المصرفية المستقلة، كما سبق وأن رأينا هي في جوهرهـا عقـود، والعقـود آيـا كان نوعها تجمع بين طرفين أو أكثر، وبعـض أنـواع العقـود قـد تفـرض عـلي أطرافهـا التزامـات، وتمنحهم حقوقا متقابلة، والضمانات المصرفية المستقلة تعد من ضمن طائفة العقود التـى تمـنح حقوقا، وتفترض التزامات متقابلة علي أطرافها في الوقت ذاته.

وبصدد بحثنا عن مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة فإن التركيز سينصب علي الحقوق التى يتمتع بها الطرفان المباشران لهذه الضمانات، وهما المستفيد من جهة، والبنـك من جهة أخري، وذلك بحسبان أن علي الحقوق وحدها يرد التعسف كما سبق ذكـره، ومـن هنـا يثور التساؤل عن مضمون التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة (أ)، وما هي العناصر اللازمة لقيامه (ب).

أ. مضمون التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

نقصد بتحديد مضمون التعسف في هذا المقام مجرد رسم الخطوط العريضة لمـا يمكـن اعتباره سلوكا تعسفيا من قبل طرفي الضمانات المصرفية المستقلة، وذلك في ضـوء المفهـوم العـام للتعسف كما جاءت به القواعد العامة مرجئين الإيضاح التفصيلي لإلىات وقوعه في موضـع آخـر من هذا البحث.

فقد قدمنا منذ لحظة أن الضمانات المصرفية المستقلة تجمع بشكل مباشر بين مستفيد صدرت الضمانة لتأمين حقه، وبنك أصدر الضمانة لهذا المستفيد بناء علي طلب عميله الآمر. وكون الضمانة مستقلة يعني أنها تعطي للمستفيد حقا مباشرا، وغير مشروط بطلب تسييل مبلغها أنّي شاء.

كما يحق للبنك أن يتأكد أن طلب المستفيد جاء مطابقا لما تضمنه، عقد الضمانة المصرفية المستقلة من متطلبات.

وفي حقيقة الأمر فإن حق المستفيد مقيد بغاية محددة وهي تأمين حقوقه التى ترتبت له بموجب عقد الأساس الذي صدرت الضمانة لتأمينه، كما أن حق البنك في التأكد من مطابقة المستندات لما هو مطلوب بموجب عقد الضمانة، ومن ثم رفض دفع المبلغ المستحق مقيد بغاية محددة قوامها الحرص علي مصالح عميله الآمر.

وتأسيسا علي ذلك يمكننا تحديد المراد بالتعسف في الضمانات المصرفية المستقلة بوجه عام بأنه تجاوز صاحب الحق في إطار الضمانة المصرفية المستقلة، البنك أو المستفيد، الحدود الغائية لحقه، واستعماله أي الحق، لغاية أخري مخالفة لغرضه. فمن المستقر عليه في مؤلفات القواعد العامة للتعسف أن الحق عموما ليس رابطة استئثار مطلقه يعطي صاحبه مكانات غير متناهية، وإنما للحق حدود فرضتها وظيفته الاجتماعية[1]، وهذه الحدود نوعان[2]، حدود موضوعية ترسمها القاعدة القانونية التى ولد الحق في إطارها، والتى تحدد مضمونه وتفرض عليه القيود، أما النوع الثاني من الحدود فهي الحدود الغائية وهي تلك المستمدة من

---

[1] خليل قدارة، نظرات في نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة القانون والقضاء، منشورات ديوان الفتوي والتشريع، 2003، ص18.

[2] محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، ط3، 2003، ص224.

غاية الحق. ويترتب علي هذه التفرقة بين نوعي حدود الحق أن من يتجاوز الحـدود الموضـوعية لحقه يعد عمله غير مشروع كمن يبني فوق أرض جاره، فـالحق ينتهـي عنـدما يتجـاوز صـاحبه حدوده الموضوعية، أما إذا التزم هذه الحدود فلا يوصف عمله بأنه غـير مـشروع، لكـن الالتـزام بالحدود الموضوعية للحق لا يعني الالتزام بحدوده الغائية، فمتـي ثبـت أن صـاحب الحـق مـع التزامه بالحدود الموضوعية لحقه قد تجاوز حدوده الغائية فإنه يكون متعسفا[1].

ونرى أن هذا الأمر ينطبق بشكل كامل علي استعمال الحق الممنـوح بموجـب الـضمانة المصرفية المستقلة، ولنضرب لذلك مثلا باستعمال المستفيد لحقه من خطاب الضمان.

فكما نعلم فإن خطاب الضمان يعطي للمـستفيد منـه حقـا بتـسييل مبلغـه عنـد أول طلب، كما يلتزم المصرف بتسييل مبلغ الخطاب لصالح المستفيد عنـد تلقيـه لهـذا الطلـب طبقـا للأوضاع، والشروط المقررة بموجب خطاب الضمان.

والمستفيد غالبا ما يلتزم بالحدود الموضوعية لحقه، وعندما يطلب تسييل خطاب الـضمان لا يخرق قاعدة قانونية تجعله متجاوزا لهذه الحدود، ولكنه مع إلتزامـه بهـذه الحـدود، قـد يتجـاوز الحدود الغائية، ويطلب تسييل مبلغ خطاب الضمان لغاية أخري غير تلك التي صدر خطاب الضمان لتحقيقها، كأن يطلب رب العمل في عقـد المقاولـة بوصـفه مـستفيدا تـسييل مبلـغ الخطـاب، لا لأن المقاول (العميل الآمر) أخفق في تنفيذ التزامه بل لأنه رفض التعاقد معه من جديد.

فهنـا نلاحـظ أن صـاحب الحـق في الـضمانة المـصرفية المـستقلة، خطـاب الضمان، استعمل حقـه في طلـب تـسييل خطـاب الـضمان مـستغلا قوتـه، ووجـوب

---

[1] نفس المرجع السابق.

تنفيذه لدي أول مطالبة لا لتأمين الالتزام الأصلي، وإنما لتحقيق غاية أخري وهي الأضرار بالمقاول مما يجعله متعسفا في استعمال حقه، هذا وسنتناول هذا الموضوع بصورة موسعة عند دراستنا لتطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة.

إذا فالفيصل في تحديد مضمون التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة هو مدي مراعاة صاحب الحق المقرر بموجب هذه الضمانات للحدود الغائية، فمن المستقر عليه أن الحقوق لم تشرع عبثا، أو للأضرار بالغير[1]، وهذا ما يجب أن يتقيد به كل من المستفيد والبنك عند استعمالها لحقيهما.

والأصل طبقا للقواعد العامة أن صاحب الحق حر في استعماله حقه. كما يُفترض أيضا أن هذا الاستعمال مشروع، وبالتالي لا يرتب مسئوليته تجاه من تضرر جراء هذا الاستعمال، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في إطار القواعدة العامة، حيث قالت "تقضي المادة الرابعة من القانون المدني (مطابقة للمادة (4) مدني ليبي) أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئول عما ينشأ عن ذلك من ضرر باعتبار أن مناط المسئولية هو وقوع خطأ، وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التى يتيحها له هذا الحق"[2].

لذلك فعلي من يدعي أن صاحب الحق متعسف في استعمال حقه أن يثبت ذلك[3]. وباعتبار أن الجدل بخصوص الإثبات سيكون منصبا في هذه الحالة

---

[1] شوقي السيد، معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979، ص69.

[2] نقض مدني مصري، رقم 54/108ق بتاريخ 1980/1/26، خالد شهاب، موسوعة أحكام ومبادئ النقض، ج1، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، بدون طبعة، 2008، ص123.

[3] خليل قدارة، المرجع السابق. ص18.

علي واقعة مادية فيكون لمن يدعي بوجود التعسف إثباتـه بكـل طـرق الإثبـات الممكنـة، فمـن مصلحة العميل الآمر أن يثبت أن طلب المستفيد تسييل خطاب الضمان مشوب بالتعسف حتى يتسني له الاستفادة من الآثار الحمائية، أو التعويضية لأحكام التعسف، والتى سنتناولها تفـصيلا في موضعه.

فيقع علي العميل الآمر إذا أن يثبت وبكل طرق الإثبات الممكنـة تعـسف المـستفيد في استعمال حقه وتجاوزه للحدود الغائية من إصدار خطاب الضمان، وذلك عن طريق إثبات توافر عناصر التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة.

ب. عناصر التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

حتى يكون السلوك تعسفيا ويعد بالتالي سببا للتأثير علي استقلال الـضمانات المـصرفية المستقلة ليكون- أسوة بالغش- معوقا لهذه الضمانات لابـد أن تتـوافر فيـه مجموعـة عنـاصر لا خلاف بشأن بعضها باعتباره أن مضمون التعسف يقتضي توافرها، أمـا بعـضها الآخـر فـيمكن أن يكون محلا للجدل وذلك علي التفصيل التالي:

1. أن يكون للمستفيد حقا قائما، ونافذا بموجب الضمانة المصرفية المستقلة

التعسف يرد علي جميع أنواع الحقوق بما في ذلـك الحـق في اقتـضاء ديـن من الديون كما أشارت إلى ذلك وبشكل صريح المذكرة التفسيرية لمشروع القـانون المدني المصري.[1]وحق المستفيد في طلب تسييل مبلغ الـضمانة المـصرفية المـستقلة هو في جوهره حق في اقتضاء دين، ولـكي يمكـن القـول بوجـود التعـسف لابـد أن يكون هذا الحق بداهة قائما أو نافذا، أما إذا كان مقيدا بموجـب قيـد اتفـاقي، أو

[1] محمد رشدي، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1991، ص167.

قضائي فلا يمكن أن يرد عليه التعسف لأن التعسف مرتبط أصلا باستعمال الحق، فحيثما يكون استعمال الحق مقيدا تنتفي إمكانية التعسف.

ويكون حق المستفيد في طلب تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة مقيدا اتفاقيا عندما يشترط العميل الآمر عبر مصرفه علي المستفيد من الضمانة تقديم مستندات معينة، فهنا حتى إذا طالب المستفيد بمبلغ الضمانة فلا يدفع طلبه بوجود التعسف، وإنما يدفع بانتفاء أحد الشروط اللازمة لصرف الضمانة ذاتها، ويكون هذا الدفع قائما حتى لو توافرت العناصر الأخري اللازمة لقيام التعسف.

ويكون حق المستفيد في طلب تسييل الضمانة المصرفية المستقلة مقيدا قضائيا في حال صدور قرار قضائي بوقف صرف مبلغ الضمانة لأي سبب من الأسباب، كصدور هذا القرار لارتكاب المستفيد للغش وفقا لما سبق بيانه. ففي كلتا الحالتين لا تتوافر في الحق مقومات الاستعمال الحر والتى ربما تقود للتعسف.

2. تجاوز المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة للحدود الغائية لحقه:

وتحديد المقصود بالحدود الغائية للحق بوجه عام أمر تكتنفه صعوبة بالغة. فغايات الحق ليست واحدة، وإنما هي متعددة وغير متناهية[1]ومما يزيد الأمر صعوبة أن رسم هذه الحدود تتداخل فيه معايير شخصية كنية، أو قصد صاحب الحق من استعماله لحقه، ومعايير موضوعية قوامها المصلحة التى يسعي صاحب الحق إلى الوصول إليها.

---

[1] شوقي السيد، المرجع السابق، ص68.

ويمكننا القول أن رسم الحدود الغائية للحق لابد أن يكون متناقساً مع كل رابطة قانونية كلا علي حدة، بحيث يتم رسم هذه الحدود بالنظر إلى كل حق علي حدة، فغاية الحق الشخصي تختلف عن الغاية من الحق العيني، ولابد أن يكون بيان الحدود الغائية للحقوق مسألة موضوع تستقل المحكمة بتقديرها دون معقب.

وبالنظر إلى حق المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة نجد أن غايته تتجسد، وكما سبق ذكره، في تأمين تنفيذ الالتزامات المستحقة لصالحه بموجب عقد الأساس.

فلو افترضنا قيام عقد توريد بين مستورد ليبي، ومورد صيني، ولكي يضمن الطرف الليبي أن المورد سيفي بالتزاماته بموجب عقد التوريد يطلب خطاب ضمان يكون صادرا عن مصرف في الصين مثلا، ومضمونا بضمان مقابل من أحد المصارف العاملة في ليبيا، بحيث يكون للطرف الليبي طلب تسييل مبلغ خطاب الضمان إذا أخفق المورد الصيني في الوفاء بالتزاماته بموجب عقد التوريد. يبدو من خلال هذا المثال أن الغاية من خطاب الضمان باعتبار ضمانه مصرفية مستقلة تتحدد في ضمان حسن تنفيذ عقد التوريد. فإذا تجاوز المستفيد من الخطاب هذه الغاية وطلب من البنك تسييل خطاب الضمان رغم تمام التنفيذ علي وجه حسن، فإن المستفيد في هذه الحالة يكون متجاوزا للحدود الغائية لحقه مما يدخله في نطاق تطبيق أحكام التعسف في استعمال الحق.

إذا لا يمكن القول أن قوة الضمانات المصرفية المستقلة، وفعإلىاتها في ضمان حسن تنفيذ الالتزامات تمنح المستفيد منها حقوقا مطلقة وغير محددة يستعملها دون أن يكون خاضعا لأحكام التعسف، فهذا قول قد عفي عليه

الزمن، وفيه إعادة بعث للمذهب الفردي في حلته المتطرفة الأمر الذي لم يعد مقبولا حتى عند الدول التى تنتصر لهذا المذهب.

إذاً حق المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة كسائر الحقوق لابد أن يكون استعماله ضمن حدوده الغائية، وإلا كان إطلاق هذا الحق تشريعا لسوء النية، فضلا على أن هذا الإطلاق سيكون سببا لبث الرعب بدلا من الطمأنينة، والتي تعد الهدف الأساسي من وراء ابتكار الضمانات المصرفية المستقلة.

3. أن يكون التعسف "ظاهرا"

والعنصر الثالث واللازم لقيام التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة هو أن يكون هذا التعسف ظاهرا، وهذا الشرط يقابل شرط وضوح حالة الغش التى سبق دراستها ضمن شروط الغش المؤثر في استقلال وفعالية الضمانات المصرفية المستقلة وبهذا- كما يري البعض - فإن التعسف الظاهر شأنه في ذلك شأن الغش يمسي معوقا للضمانات المصرفية المستقلة فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن التعسف الظاهر l'abus manifeste هو كالحيل المنطوية على الغش Maneuvers Frauduleuses كلاهما يحتج به علي المستفيد من الضمان ويمنع الوفاء له[1].

ويرى بعض الفقه أن التعسف يكون ظاهرا عندما تكون عدم أحقية المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة مستفادة من عقد الأساس بينه وبين العميل الآمر[2] حيث أن طلب تسييل مبلغ الضمانة يكون لغايات، وأهداف أخري غير تأمين الالتزام المفروض بموجب عقد الأساس.

---

[1] علي جمإلى الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص359.

[2] عادل السيد، المرجع السابق، ص124.

ونرى أن اعتبار شرط ظهور التعسف عنصرا تتكامل به مجموعة العناصر اللازمة لقيـام التعسف كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة هو تزّيد لا مبرر له. وفي الأحكـام العامـة لنظريـة التعسف في استعمال الحق ما يغني عن هذا الشرط، ويحقق الهدف من وراء اشتراطه والمتمثـل في توفير الحماية اللازمة للمستفيد حفاظا علي فعالية الضمانات المصرفية المستقلة.

فقد قضت محكمـة الـنقض المـصرية في أكـثر مـن مناسـبة أن اسـتعمال الحـق يكـون تعسفيا إذا انتفت المصلحة المشروعة، والمبررة لهذا الاستعمال[1] وهذا الحكم ينطبـق عـلي حالـة استعمال المستفيد لحقه في طلب تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة بحيث يكـون متعـسفا إذا انتفت المصلحة المشروعة، والتى تبرر المطالبة بتسييل مبلغ الضمانة والتى تتحدد عـلي ضـوء الحدود الغائية للضمانة دون الحاجة للقول أن غياب المـصلحة لا بـد أن يكـون ظـاهرا، فيكفـي العميل الآمر أن يثبت غياب مصلحة المستفيد كلية حتى يعتبر الأخير متعسفا في استعمال حقـه في طلب صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة.

علاوة علي ذلك فإن اشتراط ظهور التعسف يفتح الباب أمام خلاف جديد حـول المـراد بظهور التعسف، ومن يتولي تحديده وكيف يتم ذلك؟

ثانيا: العلاقة بين التعسف وبين الغش في الضمانات المصرفية المستقلة

لقد سبق أن تناولنا بالدراسة حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة وذلـك باعتبـاره معوقـا تترتـب عليـه انعكاسـات قانونيـة تـؤثر في فعاليـة هـذه الضمانات. حيـث حـددنا تعريفـا للغـش حاولنـا فيـه الـربط بـين تركيبتـه طبقـا

---

[1] نقض مدني مصري، بتاريخ 1977/3/28، مشار إليه لدى: خالد شهاب، المرجع السابق، ص121.

للقواعد العامة، وبين الخصوصية التى تفرضها أهمية الضمانات المصرفية المستقلة باعتبار أنها شريان الحياة للتجارة الدولية علي وجه الخصوص.

وما يدعو للتساؤل حول علاقة التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة بالغش في هذه الضمانات هو أن معظم الأحكام القضائية التى تناولت حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة، وعلي وجه الخصوص في خطابات الضمان قد أشارت إلى التعسف كمرادف للغش الأمر الذي أدي إلى إرباك، وخلط بين المفهومين، وهذا ما فعلته بعض المحاكم في ألمانيا وفرنسا، وسويسرا، والنمسا، وهولندا، وإيطاليا[1].

فمثلا تستخدم بعض المحاكم الفرنسية صياغة مضمونها كما يلي " أن التزام البنك في خطاب الضمان مستقل عن علاقة الأساس، ولا يجوز المساس بهذا الاستقلال إلا في حالة الغش الظاهر "Manifest Fraud" أو التعسف الظاهر "Manifest abuse". فهل ثمة علاقة بين الغش، وبين التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة؟

لإزالة الخلط بين المفهومين نحاول الإجابة عن التساؤل المتقدم من خلال بيان أوجه الشبه (أ)، وأوجه الاختلاف بينهما (ب).

أ. أوجه الشبه

يتشابه التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة بالغش من حيث أن كلا منهما يعتبر من المعوقات التى تؤثر سلبا علي فعالية هذه الضمانات، وبالتالي قد

---

[1] UNCITRAL Year book, p. 358.

يؤدي كل منهما إلى زعزعة الثقة في كفاءتها كأداة لتأمين أداء التزامات أطراف التجارة الدولية.

فقد رأينا أن الغش يؤدي إلى تعطيل مبدأ الاستقلال في الضمانات المصرفية المستقلة، باعتبار أن الغش يفسد كل شئ، ويتيح بالتالي دمج الدفوع بين عقد الأساس، وبين الضمانة المصرفية المستقلة، وهذا الأمر ينطبق تماما علي حالة التعسف كما سوف نرى في موضعه.

ومن أوجه الشبه بين التعسف، والغش أيضا أن في كل منهما يتوافر عنصر سوء النية الذي يؤدي إلى توافر قصد الإضرار بالغير، فالتعسف في استعمال الحق بمعاييره الثلاثة التى تناولتها المادة الخامسة من القانون المدني الليبي يجمع بينها ضابط مشترك هو سوء نية صاحب الحق.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في 1979/12/15 بصدد تناولها لنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري، وهي مطابقة تماما للنص الليبي حيث قالت "لا جناح علي من يستعمل حقه استعمالا مشروعا، فلا يكون من ثم مسئول عما ينشأ عن ذلك من ضرر بغيره علي نحو ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني (مطابقة أيضا للنص الليبي) وما أوردته المادة التالية لها من قيد علي هذا الأصل أعمالا لنظرية إساءة استعمال الحق متمثلا في أحد معايير ثلاثة يجمع بينها ضابط مشترك هو نية الأضرار سواء في صورة تعمد الإساءة إلى الغير دون نفع يعود علي صاحب الحق من استعمال حقه، أو في صورة استهانة بما يحيق بهذا الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير يجنيه صاحب الحق، بحيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه[1].

---

[1] نقض مدني مصري، رقم 37، 47/13ق، 1979/12/25، خالد شهاب، المرجع السابق، ص121.

ونية الأضرار وسوء النية كما هو معلوم بداهة تتوافران أيـضا وبـصورة أوضـح في حالـة الغش حيث أن الشخص الذي يقوم بخداع غيره، وتتوافر في حقه نية التضليل كما أشرنا إلى ذلـك في موضعه يكون بلاشك سئ النية. خلاصة القول في هذا الـشأن أن المـستفيد الـذي يتعـسف في استعمال حقه، ويطلب تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة متجاوزا الغاية منهـا يكـون سـئ النية شأنه في ذلك شأن المستفيد الذي يرتكب غشا.

وأخيرا ان التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة يتشابه مع الغش في هذه الضمانات من حيث أن كلا منهما يصلح أساسا لقيام المسئولية المدنية، وبالتالي سـببا للمطالبـة بـالتعويض، فالمستفيد الذي يرتكب غشا قد تتـوافر في فعلـه أركـان المـسئولية التقـصيرية مـن خطـأ وضرر، وعلاقة سببية بينهما، وبالتالي تقوم مسئوليته تجـاه المـضرور كـما يمكـن للمـضرور مـن تعـسف المستفيد أن يطالب بتعويض الضرر بيد أن أساس هذه المطالـب محـل جـدل لـيس هنـا المجـال لطرحه.

ب. أوجه الاختلاف

رغم وجود أوجه للشبه بين التعسف، وبين الغش في الضمانات المصرفية المستقلة وفقـا للتحديد السابق، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود أوجه للاختلاف بينهما.

فالغش في جوهره يتضمن استخدام وسائل احتيالية بهدف تضليل العميل الأمر والبنك حتى يحصل المستفيد علي أداء ليس من حقه طبقا لعلاقة الأساس.

هذا المعني ليس متوافرا في حالة تعسف المستفيد في استعمال حقه في طلب تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، حيث أن المستفيد في هذه الحالة لا يلجأ إلى استخدام أي وسائل احتيالية لخداع البنك، أو العميل الآمر، فالمستفيد المتعسف وإن كان سئ النية أسوة بالمستفيد مرتكب الغش إلا أن الفرق يكمن في المظهر الذي يتخذه سوء النية في كلتا الحالتين.

فسوء نية المستفيد الذي يرتكب الغش يأخذ مظهرا خارجيا يتمثل في استعمال وسائل احتيالية، وتغيير في الحقائق للحصول علي أداء غير مستحق له.

بينما سوء نية المستفيد المتعسف لا يكون لها مظهرا خارجيا، وإنما تبقى قصدا معنويا.ـ وهنا تكمن الصعوبة في إثبات التعسف، بحيث لا تتجسد في صورة مادية، وإنما يكون تصرف المستفيد التعسفي ضمن أطر الحدود الموضوعية لحقه.

وفي هذا المعني ذهبت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى القول[(1)]:

Fraud implies machination or maneuvers designed to make the principle pay for what it does not owe".

الغش يتضمن التحايل والمناورة الهادفة إلى دفع (البنك) إلى الوفاء بما ليس مستحق. بينما رأت اللجنة أن التعسف يفترض: وجودا للحق مع وجود حد متأصل لممارسة هذا الحق وذلك عن طريق منع استخدامه في حالة عدم وجود مصلحة مشروعه، أو فقط عند وجود غاية للإضرار بمصالح الغير".

---

[1] UNCITRAL Year Book, p358.

"Abuse of right presuppose the existence of a right، and constant an inherent limit to the exercise of that right by prohibition its use without pursuing a legitimate interest or with sole purpose of violating someone else's interests".[1]

إذا الغش يفترض عدم وجود حق للمستفيد في طلب صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، ويسعى الأخير إلى الحصول علي هذا المبلغ باستعمال وسائل احتيالية أما التعسف، فلا يفترض هذا المعني، وإنما يقوم باستعماله لأغراض وغايات لا تمت لوظيفته الأساسية بصلة.

علاوة علي كل ما تقدم فإن الغش في الضمانات المصرفية المستقلة يختلف عن التعسف في هذه الضمانات من حيث طبيعة المسئولية المترتبة علي كل منها.

فإذا كان الغش، وكما هو معلوم، يفتح الباب طبقا لأحكام المسئولية المدنية، شأنه في ذلك شأن التعسف كما سبق وأن أشرنا إليه، فإن الشخص الذي يرتكب غشا في الضمانات المصرفية المستقلة يدخل علي الأرجح تحت طائلة قانون العقوبات فأغلب حالات الغش في الضمانات المصرفية المستقلة تتضمن تزييفا أو تزويرا للمستندات، وتشويها للحقائق، الأمر الذي تعاقب عليه جميع قوانين العقوبات في مختلف دول العالم. بينما لا يمكن مساءلة الشخص الذي يمارس حقه بموجب أحكام المسئولية الجنائية حتى لو أساء هذا الاستخدام، فعلي سبيل المثال المستفيد الذي طلب تسيل خطاب الضمان للحصول علي مصلحة بسيطة لا تتناسب البتة مع ما يصيب العميل الآمر من ضرر لا يمكن اعتباره

---

[1] UNCITRAL Year Book, p357.

مرتكبا لجرم جنائي يدخله تحت طائلة العقاب، وإن كان فعله قد يكون سببا للمسئولية المدينة على التفصيل الذي سيأتي لاحقا.

المطلب الثاني

صور التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

أشرنا فيما سبق إلى أن الضمانات المصرفية المستقلة تمنح لطرفيها حقوقا متقابلة: الحق الأساسي، والأكثر بروزا هو حق المستفيد في طلب صرف الضمانة المصرفية المستقلة يقابله حق البنك في التثبت من امتثال المستفيد للشروط الواردة في عقد الضمانة.

والغرض من وراء دراسة صور التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة يكمن في رغبتنا في التأكيد علي أن التعسف لا يقع من المستفيد من الضمانة فقط (أولا) بل أنه من المتصور أن يتعسف البنك أيضا (ثانيا) فكيف يكون ذلك؟

أولا: تعسف المستفيد

في تحديدنا لمفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة، وعلاقته بالغش فيها أنصب تركيزنا على حالة تعسف المستفيد، ولا غرابة في ذلك علي اعتبار أن هذه الصورة هي التى تناولها القضاء[1]، ونظر لها الفقه[2]، بينما الصورة الأخري (تعسف البنك) لم تتبلور أحكامها النظرية إلى هذه اللحظة.

وإذا كنا فيما سبق قد أشرنا بعبارات عامة لحالة تعسف المستفيد في الضمانات المصرفية المستقلة، فإننا هنا نوضح الصورة كاملة ببيان كيف يتعسف

---

[1] انظر مثلا حكم للقضاء الهولندي، أشارت له حياة شحاته في رسالته للدكتوراه، المرجع السابق، ص 324.

[2] عادل السيد، المرجع السابق، ص124.

المستفيد تحديدا في خطاب الضمان (أ)، والاعتماد المستندي (ب) باعتبارهما تطبيقي الضمانات المصرفية المستقلة.

أ. تعسف المستفيد في خطاب الضمان

خطاب الضمان، وكما سبق أن رأينا أداة فعالة لتأمين حسن تنفيذ التزامات أطراف التجارة الدولية بشكل خاص، وفي ميدان التجارة عموما حيث أنه يوفر للمستفيد ضمانة قوية ومستقلة عن عقد الأساس تخوله الحصول علي أداء نقدي عند أول طلب دون الحاجة لأي إجراء آخر.

هذه القوة، والفعالية التى تتمتع بها خطابات الضمان جعلت البعض من المستفيدين يسيئون استعمالها، ويستخدمونها بطريقة تعسفية خروجا عن الغاية التى وجدت من أجلها. وهذا الوجه من صورتي تعسف المستفيد الأكثر شيوعا، نسبيا، إذا ما قورن بتعسف المستفيد في الاعتماد المستندي.

ويكون طلب المستفيد من البنك تسييل مبلغ خطاب الضمان تعسفيا إذا انحرف المستفيد عن غاية إصدار خطاب الضمان إلى تحقيق غاية أخري وبطريقة تدخله في أطار نظرية التعسف في استعمال الحق وفقا للمعايير الثلاث التى حددتها المادة (5) من القانون المدني بأن تتوافر في حقه قصد الأضرار أو تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وبالصورة التى سنتناولها تفصيلا في موضعه.

ولنضرب للصورة الأخيرة مثلا "تحقيق مصلحة غير مشروعة" فلو افترضنا أن أحدي أجهزة دولة ما أعلنت عن مناقصة لبناء مصنع، ثم طلبت من المتقدمين لهذه المناقصة تقديم خطاب ضمان ابتدائي-للتأكد من جدية المقاول -

يـتم تـسييله عنـد أول طلـب مـن قبـل الجهـة التـى تطـرح المناقـصة دون الحاجـة إلى إجـراء آخر.

فإذا قام المستفيد باستغلال خاصية الدفع عند الطلب التى يتميز بها الخطاب الضمان، وطلب من البنك الملزم بالدفع تسييل مبلغ الخطـاب قبـل أن يـتم ترسـية العطـاء عـلي العميـل الآمر، فطلب المستفيد هنا يكون مشوبا بالتعسف لخروجه عن غايـة خطـاب الـضمان في المثـال السابق، وهي التأكد من جدية العميل الآمر في تنفيذ المـشروع إلى غايـة أخـري قوامهـا تحقيـق كسب غير مشروع علي حساب العميل الآمر، الأمر الذي يجعل من المستفيد من خطاب الضمان متعسفا في استعمال حقه.

ب. تعسف المستفيد في الاعتماد المستندي القطعي

كما هو معلوم فإن الأمر الذي يميز الاعتماد المستندي عن خطاب الضمان هو أن الأول وسيلة لضمان الدفع، بينما لا يعتبر خطاب الضمان كذلك، وإنما هو وسيلة لضمان حسن التنفيـذ وعلي وجه الخصوص في عقود المقاولات الدولية.

ويمكننا أن نفترض التعسف من قبل المستفيد في خصوص الاعتماد المـستندي القطعـي، عندما يستغل المستفيد ما يتمتع به الاعتماد من استقلال عن عقد البيع وعـدم قابليتـه للإلغـاء بصورة تتعارض مع مبدأ حسن النية وتضع المستفيد في دائـرة التعـسف وفقـا للمعـايير الـسابق ذكرها.

فيكون المستفيد من الاعتماد المستندي (البـائع مـثلا) متعـسفا في اسـتعمال حقه عند تسييل مبلغ الاعـتماد المـستندي عـلي الـرغم مـن علمـه أن نـصف كميـة

البضاعة المشتراة والمزمع تغطية قيمتها بالاعتماد المستندي لم تصل إلى العميل الآمر (المشتري) بعد، وأن تسييل مبلغ الاعتماد المستندي في هذا الوقت قد يترتب عليه ضرر للعميل الآمر نتيجة بدء البنك في احتساب فوائد علي مبلغ الاعتماد إذا كان هذا المبلغ عبارة عن قرض من البنك إلى عميله.

فإذا قام البائع في المثال السابق بطلب دفع مبلغ الاعتماد المستندي رغم علمه بالضرر الذي سيصيب العميل الآمر اعتبر متعسفا في استخدام حقه، لاسيما إذا كان المستفيد لن يتضرر من إرجاء طلب دفع مبلغ الاعتماد.

والجدير بالذكر أن المتصور من الناحية العملية أن يقع التعسف بشكل أكبر في خطابات الضمان منه في الاعتمادات المستندية. وذلك علي إعتبار أن في الاعتمادات المستندية يكون المستفيد منها في حالة إستيفاء لمقابل أشياء قام ببيعها، أو خدمات قام بادائها للعميل الآمر نظير مستندات تثبت وصول الأشياء أو تلقي الخدمة من طرف العميل الآمر. فإذا كانت هذه المستندات سليمة حقّ للمستفيد من الاعتماد المستندي الحصول علي مبلغ الاعتماد، ولا يمكن اعتباره متعسفا إلا في حالات نادرة كتلك المذكورة في المثال السابق، بينما في خطابات الضمان، وعلى اعتبار أن الغرض منها هو التثبت من حسن التنفيذ فإنه من المتصور أن يستعمل لغايات أخري، غير ضمان حسن التنفيذ كما سوف نتناوله تفصيلا في موضعه.

ثانيا: تعسف البنك في الضمانات المصرفية المستقلة

لقد لاحظت لجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي (الانسترال) أن التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة لا يقتصر علي حالة تعسف المستفيد، بل أن التعسف قد يقع من البنك أيضا حين قالت:

"لعله من الملاحظ أن أمثلة التعسف في استعمال الحق لا يقتصر علي تقديم طلب تعسفي من المستفيد، وإنما قد تتواجد أمثلة التعسف أحيانا في سلوك البنك".

"It may be noted، however، that instances of abuse of right are not limited to the presentation of a demand by the beneficiary but may be occasionally found in the conduct of a bank".[1]

فأين يكمن حق البنك الذي قد يسئ استعماله (أ) وكيف يكون ذلك (ب).

أ. أساس تعسف البنك

البنك الملزم بدفع مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة يتحتم عليه الدفع بناء علي تقديم المستندات[2] المطلوبة من المستفيد إذا كانت هذه المستندات "مطابقة تماما" للشروط المنصوص عليها في عقد الضمانة المصرفية المستقلة طبقا للمبدأ المعروف بمبدأ التقيد الصارم The Doctrine strict compliance[3] ففي عقد البيع المضمون باعتماد مستندي يتعين علي البائع (المستفيد) أن يقدم للبنك المستندات المطلوبة بموجب الاعتماد المستندي، ويتعين علي البنك أن يتأكد من أن هذه المستندات مطابقة للشروط والمدد المنصوص عليها في الاعتماد المستندي[4]، حيث تنص المادة 14 من قواعد غرفة التجارة الدولية (UCP) رقم 2007/600 "علي البنك المصدر فحص المستندات للتأكد وعلي أساس هذه

---

[1] UNCITRAL Year Book, p. 357.

[2] وباعتبار أن الحديث في هذه الحالة بدور حول مستندات، فأن المجال الطبيعي لتعسف البنك يكون في الاعتماد المستندي بالدرجة الأولي، كما سنرى فيما بعد أما خطابات الضمان فهي لا تقوم من حيث المبدأ علي تقديم مستندات، وإنما مجرد طلب ولذلك، ليس من المتصور أن يتعسف البنك في خطابات الضمان.

[3] Bassil, , P. 5.

[4] Bassil, p 6.

المستندات فقط إذا كانت مطابقة أو غير مطابقة من حيث ظاهرها. بحيث تؤسس لتقديم مطابق لشروط الاعتماد" [1] فالبنك ملزم عقديا "Contractually Obliged" في مواجهة عملية الآمر بفحص المستندات التى يقدمها المستفيد للتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد، فإذا وجدت هذه المستندات مطابقة تحتم علي البنك صرف مبلغ الاعتماد المستندي للمستفيد. أما إذا كانت المستندات المقدمة للبنك غير مطابقة فهنا يحق للبنك الملزم بالدفع أن يرفض الوفاء للمستفيد وهذا ما نصت عليه صراحة قواعد غرفة التجارة الدولية (UCP) المذكورة في المادة (16) منها حيث قالت:

"إذا حدد البنك المصدر أن المستندات المقدمة غير مطابقة لشروط الاعتماد فمن حقه أن يرفض الوفاء".

"When…. the issuing bank determines that the presentation does not comply، it may refuse to honour".

وهذا هو بيت القصيد فالصورة الثانية من صور التعسف باعتباره معوقا للضمانات المصرفية المستقلة تكمن في تعسف البنك في استعماله لحقه في رفض الوفاء للمستفيد، ولكن كيف يمكن أن يتحقق هذا الأمر علي وجه الحديد؟

ب. كيفية تعسف البنك

الغرض الذي علي أساسه منح للبنك الحق في رفض وفاء مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للمستفيد يتمثل في مراعاة مصلحة العميل الآمر، وقد أشرنا أن

[1] The issuing bank must examine the presentation to determine, on the basis of the documents alone, whether or not the documents appear on their face to constitute a complying presentation.

هذا التزام عقدي يقع علي كاهل المصرف بموجب اتفاق إعادة السداد بينه، وبين العميـل الآمـر، ومن مصلحة الأخير أن تكون المستندات مطابقة للأداء الذي قام به المستفيد فيما يتعلـق بعقـد الأساس وإلا حقّ للبنك رفض الوفاء.

ولكن البنك وهو بصدد استعمال حقه في تقدير مدي مطابقة المستندات لشروط عقـد الضمانة المصرفية المستقلة قد يسئ استعمال هذا الحق، ويسئ استغلال مركزه بما يدخله تحـت طائلة أحكام التعسف في استعمال الحق. وفي هذا الإطـار نقلـت لجنـة الأمـم المتحـدة للقـانون التجاري الدولي في كتابها السنوي الصادر سنه 1991، حكما عن المحكمة الفيدراليـة السويـسرية سنه 1989 حيث قالت اللجنة ما نصه:

"المحكمة الفيدرالية بسويسرا اعتبرت الـسلوك التـالي كمحاولـة مـن مـصرف لاسـتغلال مركزه بطريقة تتعارض مع قواعد حسن النية، واعتبرتـه تبعـا لـذلك تعـسفا في إسـتعمال الحـق: البنـك رفـض دفـع مبلـغ الاعـتماد، وأصر عـلي تقـديم وصـل اسـتلام موقـع مـن طـرف المـستلم (المشتري)، كما هو مطلوب بموجب الاعتماد المستندي متجاهلا حقيقة مفادها أن عملية تسليم كاملة وفقا للمجري العادي للأمور قد تم الاعتراف بها من قبل العميل الآمر".

"The federal court of Switzerland regarded the following conduct of a bank as an attempt to exploit a purely formal position، contrary of the rules of good faith and thus as an abuse of right: the bank had refused payment under a letter of credit by insisting on the production of a signal delivery receipt as required under the letter of credit despite the fact

that the complete and regular delivery of the goods had been admitted"[1].

نلاحظ من خلال ما تقدم أن البنك قد غالى في تقدير قيمة المستندات (وصل الاستلام) فقد كان من المفترض أن يدفع للمستفيد طالما أن العميل الآمَر قد اعترف بصورة أخري بوصول البضاعة. إذ أن الغرض الذي من أجله مُنح البنك حق رفض الوفاء هو رعاية مصلحة العميل الآمَر، وفي المثال السابق لم تتضرر مصلحة العميل الآمَر، فالبضاعة قد وصلت إليه، وأعترف بذلك. مما يجعل رفض البنك مؤسسا علي أغراض أخري غير مراعاة مصلحة العميل الآمَر- كالاستفادة من مبلغ الاعتماد في منح قرض لعميل آخر بفائدة مرتفعة مثلا - مما يجعل من رفض البنك للوفاء للمستفيد سلوكا تعسفيا يقيم مسئولية البنك على الوجه الذي سوف نتناوله فيما بعد.

إذا حق البنك في رفض الوفاء بمبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للمستفيد بحجة وجود تعارض بين المستندات لا ينبغي أن يكون مطلقا. بحيث إذا أساء استعمال هذا الحق، وقام برفض الوفاء لتحقيق غايات، وأهداف أخرى غير الحرص علي مصلحة العميل الآمر يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وحتى يرفع البنك عن نفسه شبهة التعسف يتعين عليه مخاطبة العميل الآمر لسؤاله عما إذا كان يرغب في التغاضي عن وجود تناقض في المستندات، لاسيما إذا كان هذا التناقض يسيرا، أما إذا لم يقم البنك بإخطار عميلة الآمر وسؤاله عن مدي إمكانية التغاضي عن التناقض بين المستندات فيمكن اعتبار هذا الأمر بمثابة قرينة علي سوء نية البنك، وبالتالي تعسفه.

---

[1] UNCITRAL Year – Book, 354.

وفي هذا الصدد نرى أن الصياغة التى جاءت بها قواعد غرفة التجارة الدولية بخصوص الاعتمادات المستندية في المادة 16 منها محل نظر فقد نصت المادة المذكورة:

"When an issuing bank determined that a presentation does not not comply، it may at its sole judgment approach the applicant for a waiver of the discrepancies".

"عندما يحدد البنك المصدر أن المستندات غير مطابقة، فيمكنه وفقا لتقديره المطلق مخاطبة العميل الأمر لطلب التنازل عن وجود تناقض بالمستندات".

فكان من المفترض أن تأتي الصياغة في صورة إلزام للبنك بمخاطبة عميله الآمر، لا أن يترك الأمر لتقدير المطلق للبنك its sole judgment " فلربما يتنازل العميل الآمر عن هذا التناقض ويسمح بصرف مبلغ الضمانة للمستفيد.

صفوة القول أن التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة كما يقع من المستفيد، فإنه قد يقع من البنك أيضا عندما يغإلى الأخير في تقدير قيمة المستندات، ويسئ استعمال حقه في الرفض لتحقيق مآرب خاصة به.

ويلاحظ أن مجال التعسف اختلف في الصورتين المتقدمتين فبينما لاحظنا أن المجال الخصب لتعسف المستفيد يكمن في خطابات الضمان، فقد رأينا هنا أن المجال الخصب لتعسف البنك يكمن في الاعتمادات المستندية.

المبحث الثاني

تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة وآثاره

السبب وراء جمعنا للتطبيقات والآثار في مبحث واحد، مع إدراكنا أن هذا المسلك غير محمود في أدبيات الكتابة القانونية علي وجه خاص مرده ليس فقط الصعوبة العملية في إيجاد موضع آخر، وإنما أيضا رغبتنا في ربط الأفكار لدي القارئ.

بحيث إذا ما استوعب كيف يقع التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة بأمثلة من واقع القضاء (المطلب الأول)، تكون الطريق ممهدة لدراسة الآثار المحتملة في ظل أحكام التعسف في القانون الليبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

نشير بداية إلى أن معظم هذه التطبيقات هي استخلاص لأحكام قضائية قد تمت الإشارة إليها في الكتاب السنوي للجنة "الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي"[1].

وهذه التطبيقات تصورها الفقه، ثم تبني القضاء الكثير منها في الدول التى تنتهج النظام اللاتيني[2] وعلي الرغم من أن هذه التطبيقات جاءت بصدد خطابات الضمان، وهي الوجه الأبرز للضمانات المصرفية المستقلة، إلا أننا لا

---

[1] UNCITRAL Year book, p.p 359 to 362.

[2] وعلي وجه الخصوص في فرنسا وإيطاليا وألمانيا وسويسرا وهولندا والنمسا وبلجيكا.

نرى مانعا من تطبيق القواعد المستخلصة منها علي الاعتمادات المستندية مع مراعاة طبيعة الأخيرة باعتبارها وسيلة لضمان الدفع.

والدارس لهذه التطبيقات لن يجد صعوبة تذكر في تأطير معظمها داخل معايير التعسف التى جاءت بها المادة الخامسة من القانون المدني الليبي. لذلك سنتناول هذه التطبيقات بعرضها (أولا)، ومن ثم دراستها في ضوء المادة الخامسة من القانون المدني الليبي (ثانيا).

أولا: عرض التطبيقات

بداية يلاحظ في شأن هذه التطبيقات جميعها أن المستفيد يستغل خاصية الاستقلال، والسداد الفوري لخطاب الضمان بصورة تتعارض مع مبدأ حسن النية.

وعلي الرغم من أن كتاب "الانسترال" المذكور أعلاه قد عرض لتطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة بشكل مسترسل وبدون أن يقسمها إلى طوائف، إلا أن المتمعن في هذه التطبيقات سيجد أنها قابلة للتقسيم إلى تطبيقات عامة (أ) وأخرى خاصة (ب) ببعض أنواع خطابات الضمان.

أ. التطبيقات العامة للتعسف

تعتبر هذه التطبيقات عامة بالنظر لكونها تشمل طوائف مختلفة من خطابات الضمان، ويجمع بينها ضابط مشترك بالنسبة للبعض: يتمثل في سعي المستفيد لصرف خطاب الضمان لتغطية مخاطر، وتحقيق أهداف أخري خارجة عن الغاية الأصلية من إصدار الخطاب، أما بالنسبة للبعض الآخر فيتمثل الضابط المشترك

في سعي المستفيد لصرف خطاب الضمان علي الرغم من وجود خلل في الالتزام المضمون.

1. اختلاف المخاطر والغايات

كان طلب تسييل لخطاب الضمان لتغطية مخاطر مختلفة عن تلك التى صدر الخطاب أصلا لتأمينها، أو تحقيق غايات أخري غير تلك التى قام التعهد بالدفع علي أساسها، يمكن أن ينظر إليه علي أساس أنه طلب تعسفي بما أنه يخرج عن الغاية، أو الهدف الذي توخته الأطراف، والطلبات التعسفية التى تقع خارج نطاق الخطر الذي تم إصدار خطاب الضمان للتأمين منه قد تتخذ عدة أشكال، فعلي سبيل المثال:

قد يكون المستفيد من خطاب الضمان دائنا للعميل الآمر بقرض، وفي نفس الوقت يكونان مرتبطين بعقد مقاولة، ويكون خطاب للضمان قد صدر في الأصل للتأمين من خطر عدم التنفيذ في عقد المقاولة. وعلي الرغم من أنه لا يوجد خطر محدق بتنفيذ عقد المقاولة من طرف المقاول (العميل الآمر) إلا أن المستفيد يطلب من البنك الضامن تسييل خطاب الضمان لأنه يخشي من خطر عدم استرداد مبلغ القرض من المقاول.

فهنا يعتبر طلب المستفيد تعسفيا لأنه يسعي للتأمين من خطر مختلف عن الخطر الذي صدر خطاب الضمان لتأمينه (خطر عدم التنفيذ في عقد المقاول وليس خطر عدم الدفع في عقد القرض).

وقد يكون المستفيد متعسفا أيضا عندما يكون طلبه لصرف مبلغ خطاب الضمان لمعالجة خسائر قد يتكبدها في عملية أخري غير تلك العملية المضمونة بموجب خطاب الضمان.

ومثال ذلك إذا تعاقد المستفيد مع مورد (كوبي) لتزويده بكميات من السكر، وآخر (سيرلانكي) لتزويده بكميات من الشاي، وطلب من الأول دون الثاني خطاب ضمان لتأمين حسن التنفيذ.

وأثناء عملية شحن (الشاي) وقعت السفينة في قبضة القراصنة في خليج عدن، بينما سارت عملية شحن السكر علي ما يرام رغم عدم تمامها، أو رغم عدم وصولها لميناء المرسل إليه، فإذا قام المستفيد بطلب صرف خطاب الضمان المتعلق بشحنة السكر لتجنب خطر الخسارة في شحنة الشاي فإن طلبه يكون تعسفيا في هذه الحالة.

كما أن المستفيد يكون متعسفا عندما يبالغ وبصورة واضحة في تقدير حجم الخطر الذي يقع من تنفيذ عقد الأساس. مثال ذلك لو أبرم المستفيد (الشاحن) مع العميل الآمر (الناقل) عقدا لحشن بضاعة علي دفعات، وطلب من الناقل إصدار خطابات ضمان مختلفة لضمان مختلف الشحنات، ثم أثناء تنفيذ العقد يقوم المستفيد بطلب تسييل جميع خطابات الضمان علي الرغم من أن الادعاء بالتنفيذ المعيب من قبل الناقل متعلق فقط بشحنة أو شحنتين. وقد يكون طلب المستفيد تعسفيا لا لأنه سعى لتفادي خطر أخر غير الخطر المضمون بخطاب الضمان، بل لأنه سعي من وراء طلبه إلى تحقيق غاية أو غرض بالمخالفة لمبدأ حسن النية.

مثال ذلك قيام المستفيد بطلب صرف مبلغ خطاب الضمان للضغط علي العميل الآمر لحمله علي تقديم تنازلات، وذلك بمنح المستفيد امتيازات إضافية غير مستحقة للأخير بموجب عقد الأساس. فقد اعتبر قاض بلجيكي أن طلب مستفيد لصرف خطاب الضمان كطلب تعسفي لأن الهدف من ورائه كان الضغط علي العميل الآمر لحمله علي مراجعة أسعاره مرة أخري، وفي ذات السياق حكمت محكمة نمساوية بأن طلب المستفيد كان تعسفيا باعتبار أن الأخير كان يهدد العميل الآمر بأنه سيسيل خطاب الضمان إذا لم يقم العميل الآمر بإيقاف دعوى قضائية ضد المستفيد متعلقة بمعاملة تجارية أخرى.

ويكون طلب صرف خطاب الضمان تعسفيا عندما يأخذ صورة "مدد أو إدفع Extend or pay" ويتلخص هذا الوجه من وجوه التعسف عندما يقوم المستفيد بمخاطبة البنك طالبا منه مد أجل خطاب الضمان أو دفع المبلغ[1]، وقد يكون دافع المستفيد من وراء السعي إلى تمديد مدة خطاب الضمان هو حمل العميل الآمر علي تنفيذ أعمال أخري لم ينص عليها في عقد الأساس، ففي هذه الحالة يعتبر المستفيد خارجا عن الغاية المقصودة من خطاب الضمان الأمر الذي يجعل من طلبه هذا طلبا تعسفيا.

وجدير بالذكر أن طلب التمديد، أو الدفع باعتباره يؤثر في الأصل علي العميل الآمر وباعتباره أنه هو الوحيد المخول بالموافقة علي تمديد أجل خطاب الضمان أو رفض ذلك " فعلي البنك عند استلامه لطلب extend or pay من قبل المستفيد، أن يعلم العميل الآمر علي وجه السرعة.

[1] فقد رأينا في المبحث التمهيدي أن خطاب الضمان يصدر لمدة معينة.

2. إختلال الإلتزام المضمون

عقد الأساس هو الالتزام المضمون بموجب خطاب الضمان، فإذا أصيب هذا الالتزام بخلل أو ولد بصورة غير مكتملة علي وجه يجعله غير منتج لأثاره طبقا للقواعد العامة. فإن طلب الدائن في عقد الأساس (المستفيد) تسييل خطاب الضمان علي الرغم من ذلك قد يعتبر تعسفيا.

ومن الأمثلة التى يمكن الاستشهاد بها في هذا المقام حالة كون الالتزام المضمون بخطاب الضمان قد سقط بالتقادم، فقيام المستفيد بطلب صرف مبلغ الخطاب رغما عن ذلك قد يعتبر تعسفيا.

وأيضا عندما يكون الالتزام المضمون باطلا لمخالفته للنظام العام فيمكن اعتبار طلب المستفيد صرف مبلغ خطاب الضمان بالرغم من ذلك طلبا تعسفيا. هذا ولم تشر لجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي "الانسترال" إلى حكم قضائي، وإنما أشارت إلى تعليق لفقيه فرنسي (N.V ASSEUR) في مقال له بمجلة دالوز سنة 1984 حيث رأي أن عدم اعتبار طلب المستفيد تعسفيا علي الرغم من كون العقد المضمون مخالفا للنظام العام سيؤدي في النهاية إلى دعم معاملة غير قانونية[1]، وباعتبار أن خطاب الضمان مستقل عن العقد المضمون، فلا يمكن تبعا لذلك الاحتجاج بخرق خطاب الضمان لقواعد النظام العام، وإنما يمكن القول أن المستفيد الذي يطالب بالدفع في هذه الحالة متعسفا في استخدام حقه، وكذلك يعتبر المستفيد الذي يمتنع عن قبول تنفيذ العميل الآمر للعقد المضمون متعسفا عند طلبه لصرف مبلغ خطاب الضمان.

---

[1] Year Book, P. 362.

كما أشارت "الانسترال" [1] إلى أنه إذا أصبح العقد المضمون مستحيل التنفيذ لسبب أجنبي: سواء كان قوة قاهرة، أو خطأ الدائن (المستفيد) أو فعل الغير، فإن كان طلب لتسييل خطاب الضمان رغما عن ذلك يعتبر طلبا تعسفيا.

كما أن المستفيد يعتبر متعسفا إذا قام بطلب تسييل خطاب الضمان علي الرغم من أن الالتزام المضمون غير مستحق الأداء لكونه مضافا لأجل أو معلقا علي شرط.

ولجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي "الانسترال" تناولت تطبيقات خاصة للتعسف في بعض أنواع خطابات الضمان إلى جانب تناولها للتطبيقات العامة التى أنهينا دراستها منذ لحظة.

ب. تطبيقات للتعسف في بعض أنواع خطابات الضمان

وهنا أشارت لجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي إلى أنواع محددة من خطابات الضمان، واعتبرت طلب صرف خطاب الضمان فيها تعسفيا وإلكموها تباعا.

1. التعسف في خطاب الضمان الابتدائي

هذا النوع من خطابات الضمان يرفقه راغب التعاقد بالعطاء الذي يقدمه في مناقصة أو مزايدة، ويمثل نسبة معينة من قيمة العقد، وذلك من قبيل التدليل علي جدية مقدم العطاء، ويعتبر هذا الضمان ابتدائيا لأن الغرض منه ينتهي بعدم رسو المناقصة أو المزايدة على مقدم العطاء أو برسوها عليه وتقديمه

---

[1] Year Book, P. 362.

خطاب ضمان نهائي[1]. ويشيع اللجوء إلى هذا النوع من الخطابات من الناحية العملية في أعمال المقاولات الإنشائية، وأعمال التوريدات[2].

ويعتبر متعسفا المستفيد (رب العمل أو المستورد مثلا) الذي يطلب تسييل خطاب الضمان الابتدائي مع أن المناقصة لم يتم إرساءها علي العميل الآمر مقدم العطاء، وإنما تم إرساءها علي شخص أخر، أو تم إرساءها علي العميل مقدم العطاء وقام الأخير بتقديم جميع المستندات المطلوبة، ومن بينها خطاب الضمان النهائي.

ففي كلتا الحالتين يعتبر المستفيد من خطاب الضمان سئ النية، ومتعسفا في استعمال حقه.

وعرضت "الانسترال" إلى حكم لمحكمة باريس التجارية صادر في 1982/10/29 في قضية تتلخص وقائعها في أن المستفيد (رب العمل) أعلن عن مناقصة بخصوص إنشاء مبني، وتقدم عدد من المقاولين بعطاءاتهم، إلا أن الاختيار وقع علي أحدهم (العميل الآمر) ثم أبلغه المستفيد أنه يرغب في إجراء تعديلات معينة. إلا أن العميل الآمر مقدم العطاء رفض هذه التعديلات. فقام المستفيد علي أثر ذلك بطلب تسييل خطاب الضمان الابتدائي. اعتبرت المحكمة أن هذا الطلب تعسفيا من حيث المبدأ، وأمرت أن تودع قيمة خطاب الضمان الابتدائي في حساب مجمد Blocked Account إلى حين التثبيت مما إذا كان رفض العميل الآمر للتعديلات المفروضة من المستفيد مبررا أم لا[3].

---

[1] علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص228.

[2] أحمد غنيم، خطابات الضمان إطار متكامل نظريا وعمليا وقانونيا، بدون طبعة، 2008، ص18.

[3] UNCITRAL Year Book, p. 539.

علي خلاف ذلك لم يشكك بعض الفقه في أن طلب المستفيد في الحالة المتقدمة تعسفيا، وبالتالي رأي رفض طلب المستفيد تسييل مبلغ خطاب الضمان الابتدائي[1].

2. التعسف في خطاب الضمان النهائي

علي عكس خطاب الضمان الابتدائي فإن خطاب الضمان النهائي يقدمه العميل الامر بعد رسو العطاء عليه إذا كان متعلقا بمزايدة، أو مناقصة والمقصود منه ضمان حسن تنفيذ العقد طبقا للشروط التى يحددها العقد بين العميل الأمر، والمستفيد[2].

وتشير لجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي "الانسترال" إلى أن معظم الأحكام القضائية التى عرضت للتعسف صدرت بموجب خطابات ضمان نهائية[3].

فهنا اعتبر القضاء في العديد من الدول أن طلب المستفيد صرف مبلغ خطاب الضمان النهائي يكون تعسفيا إذا قام العميل الاَمر بإنجاز العمل الواقع علي كاهله بنجاح علي وجه من المفترض أن يرضي المستفيد، بيد أن نجاح العميل الاَمر في تنفيذ أعماله لابد أن يكون واضحا لدرجة أنه يخرق العينين "Crever les yeux" أو "Pierce the eyes" وقد نقلت الانسترال عن محكمة النقض الفرنسية قولها في هذا الخصوص:

---

1 UNCITRAL Year Book, p. 539.

2 عوض، المرجع السابق، ص231.

3 Year Book, Ibid. P359.

"Even if apparently established that the principle had fulfilled all of its obligations، a stop payment order would not be granted since there remained a slight uncertainty as to that fact"[1].

حتى لو كان الظاهر يشير إلى أن العميل الآَمر نفذ جميع التزاماتـه، فـإن أمـر بإيقـاف الدفع للمستفيد لن يتم منحه، طالما كان هناك شك بسيط حول تمام التنفيذ من عدمه".

إذا حتى يعتبر المستفيد متعسفا في طلب صرف خطاب الضمان النهائي، لابـد أن يكـون العميل الآمر قد نفذ جميع التزاماته علي وجه حسن حتى يقطع عـلي المـستفيد حجـة التنفيـذ المعيب.

ويكون المستفيد متعسفا عند طلـب تـسييل خطـاب الـضمان إذا قـدم العميـل الآَمـر، مستندا يفيد تصريح المستفيد بقبول أداء العميل الآَمر دون أية تعقيبات، قدم شهادة من خبير تفيد أن العقد قد إنجازه علي أحسن ما يكون، أو عندما يقـدم العميـل الآَمـر إقـرارا مـن وكيـل المستفيد يفيد أنجاز العمل وقبوله باعتباره منفذا علي وجه الدقة.

وفي هذا السياق حكم قاض إيطإلى أن صدور شهادة من المستفيد تفيد وبشكل مفصل مراحل تنفيذ العقد، ونجاح العميل الآَمر في التنفيذ كافية لاعتبار أن العميل قـد نجـح في تنفيـذ التزامه المؤمن بموجب خطاب الضمان النهائي، وليكون طلب المستفيد المتجاهـل لهـذه الحقيقـة تسييل مبلغ خطاب الضمان طلبا تعسفيا[2].

---

[1] Ibid, p. 360.

[2] UNCITRAL Year book, p.360.

3. التعسف في خطاب ضمان الدفعات المقدمة

كما هو معلوم فإن هذا النوع من خطابات الضمان يصدر عن بنك يضمن بموجبه أن العميل الآمر سيقوم بإرجاع دفعة مقدمة تلقاها من المستفيد والمجال الطبيعي لهذا النوع من خطابات الضمان يكمن في عقود المقاولات حيث عادة ما ينص عقد المقاولة علي أن يدفع رب العمل لمقاول دفعة مقدمة من قيمة العقد لمواجهة مصاريف تنفيذ العقد كاستيراد الآلات، أو تصنيع المواد اللازمة لتنفيذ، وحتى يقوم رب لعمل بتقديم هذه الدفعة المقدمة للمقاول فإنه يطلب من الأخير تقديم خطاب ضمان من بنك معتمد لضمان إعادة الدفعة المقدمة في حال عدم تمكن المقاول من إتمام العمل الموكل إليه[1].

وبحسب لجنة الأمم المتحدة حول القانون التجاري الدولي[2]،فإنه من المتصور أن يكون طلب المستفيد (رب العمل) تعسفيا عندما يطلب من المصرف تسييل قيمة خطاب ضمان الدفعة المقدمة علي الرغم من أن العميل الآمر لم يتلق هذه الدفعة أو تلقي مبلغا يسيرا منها.

---

[1] عوض، المرجع السابق، ص242.

[2] Year book, Idid p 359.

ثانيا: دراسة تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة في ضوء المادة الخامسة مدني ليبي:

يكون صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه طبقا للمادة الخامسة مدني ليبي في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير.

ب- إذا كانت المصالح التى يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

ج- إذا كانت المصالح التى يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر.

وتطبيقات التعسف السابق عرضها أعلاه يمكن ردها إلى بعض من هذه المعايير فالمتفحص لهذه التطبيقات يجد أن بعضها يتضمن قصد الإضرار بالغير (أ) والبعض الآخر السعي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة (ب).

بينما في الحقيقة لم نجد، حسب رأينا، انعكاسا للمعيار الأخير المذكور أعلاه والمتعلق برجحان الضرر علي المصلحة، فهل من تطبيق له غير ما ذكر أعلاه (ج).

أ. معيار قصد الإضرار

الحق عموما لابد أن يكون وسيلة لتحقيق غاية معينة. فالحقوق لم تمنح عبثا لذويها حتى يستعملوها كيفما عنّ لهم[1] وإن كان قصدهم الإضرار بالغير. لذلك فإن كل من يستعمل حقه سعيا فقط وراء الإضرار بالغير تشفيا، أو انتقاما

---

[1] شوقي السيد، المرجع السابق، ص192.

منهم يعد متعسفا في استعمال حقه، والوسيلة التى يكشف بها عن تـوافر قـصد الإضرار مـن عـدم توافره تتمثل بـالنظر في مـدي تـوافر مـصلحة جديـة تـبرر لـصاحب الحـق اسـتعمال حقـه بهـذه الطريقة، فإذا تضرر الغير من جراء هذا الاستعمال دون منفعة تعود علي صاحب الحق، فإن الأخير يعتبر متعسفا، فالدائن الذي يسلك سبيل التنفيذ بقيمـة ديـن بـسيطة عـن طريـق إشـهار إفـلاس مدينة يعد متعسفا في استعمال حقه متي انعدمت مصلحته في اختيار تلك الوسيلة بالذات.

وهذا المعيار قصد الأضرار ينطبـق مـثلا عـلي حالـة المـستفيد الـذي سـعى إلى تـسييل خطاب الضمان انتقاما من العميل الآمر لأنه رفض قبول تعـديلات معينـة عـلي العقـد وفقـا لمـا ذكرناه أعلاه.

فتعسف المستفيد في تلك الحالـة كـان معيـاره قـصد الإضرار بالعميـل الآمـر حيـث أن طلب صرف خطاب الضمان لم يكن بسبب تراجع العميل الآمر عـن التنفيـذ، وإنمـا كـان بغـرض الانتقام لأنه رفض الخضوع لابتزاز المستفيد بطلب تعديلات قد تكون مرهقة للعميـل الآمـر، أي أن دافع المستفيد من وراء طلب صرف خطاب الضمان لم يكن السعي وراء مصلحة جدية بقـدر ما كان سعيا وراء الانتقام.

وغير بعيد من ذلك اعتبر المجتمعون في ندوة حول مشاكل خطابات الضمان إقامتها الغرفة التجارية المصرية الألمانية بتاريخ 1984/12/19 السلوك التالي من المستفيد تعسفا لتوافر قصد الإضرار في جانبه حيث تقدمت شركة أجنبية لجهة مصرية بعرض تنفيذ مشروع متكامـل تبلـغ قيمتـه عـدة ملايـين مـن الجنيهـات، طلبـت الجهـة المـصرية خطـاب ضـمان ابتـدائي وقامـت الـشركة الأجنبيـة

بتوفيره، بعد ذلك أخطرت الشركة الأجنبية (العميل الآمر) بأنه قد رسى عليها جزء صغير جدا من العملية تبلغ قيمته بضعة ألاف من الجنيهات. وعندما أبلغت الشركة الأجنبية الجانب المصري اعتذارها عن عدم قبول التعاقد علي هذا الجزء الضئيل من العملية فما كان من الجانب المصري (المستفيد) إلا أن طلب صرف مبلغ خطاب الضمان الابتدائي نكاية بالطرف الأجنبي، وبصورة تؤكد توافر قصد الإضرار اللازم ليقام التعسف في هذه الحالة[1].

صفوة القول أنه كلما توافر قصد الإضرار في جانب المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة عند طلبه لتسييل مبلغ الضمانة اعتبر متعسفا في استخدام حقه لتترتب ضده بعض النتائج القانونية الهامة بالصورة التى سنتناولها في المطلب الثاني.

ب. قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة

يتوافر هذا المعيار بصورة عامة كلما قام صاحب الحق باستعمال حقه في نطاق حدوده الموضوعية، إلا أن المصالح التى يسعي إلى تحقيقها من وراء هذا الاستعمال مصالح غير مشروعة.

وعدم مشروعية المصلحة وصف يلحق بها ليس بالنظر لمخالفتها لنص القانون فقط، وإنما أيضا لقواعد النظام العام، والآداب أو لغاية الحق ذاته[2] والمعيار الذي تحدد علي أساسه مدي مشروعية المصلحة هو معيار موضوعي بالقياس علي سلوك الشخص العادي. فليس من شيم الشخص العادي استعمال حقه للوصول إلى أغراض غير مشروعة، ومن ثم التذرع بأنه يمارس

---

[1] نجوي أبو الخير، المرجع السابق، ص344.

[2] شوقي السيد، المرجع السابق، ص198.

السلطات التى يخولها له الحق، فرب العمل الذي يفصل عاملا بسبب أنه التحق بنقابة من نقابات العمال يكون متعسفا لأنه استعمل حقه في الفصل سعيا وراء تحقيق مصلحة غير مشروعة (تقييد حرية العامل في الانضمام إلى النقابة)[1].

وينطبق هذا المعيار علي جميع التطبيقات العامة السابق دراستها فالمستفيد الذي يسعي لصرف خطاب الضمان علي الرغم من اختلال الالتزام المضمون بصورة فادحة، وكذلك المستفيد الذي يسعي لصرف خطاب الضمان لتفادي خطر آخر غير الخطر المقصود تأمينه بالخطاب كل منهما يسعي في الواقع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة علي حساب العميل الآمر تتمثل في الحصول علي مبالغ ليست من حقه طبقا للحد الأدنى من الأدبيات التى يفرضها مبدأ حسن النية.

فطلب المستفيد صرف خطاب الضمان، والحصول علي مبالغ نقدية تبعا لذلك من العميل الآمر لتفادي خسائر ليس للأخير شأن بها يعد سعيا لتحقيق مصلحة غير مشروعة الأمر الذي يجعل المستفيد متعسفا في استخدام حقه.

ويشير بعض الفقه إلى أن التعسف وفقا لمعيار تحقيق مصلحة غير مشروعة يكون متوافرا أيضا عندما يستعمل المستفيد حقه في طلب صرف خطاب الضمان كوسيلة للضغط والإكراه لحمل العميل الآمر علي إجراء تصرفات لا يرغب بإجرائها ويضرب لذلك مثلا بعقد التوريد.

فلو أبرم عقد توريد كميات من القمح وطلب المستورد من المورد خطاب ضمان حسن التنفيذ وبعد أن قدم المورد خطاب الضمان، وقام بتوريد الكميات المطلوبة وفق شروط العقد يفاجأ بطلب المستورد بتوريد كميات إضافية

---

[1] عبد الرازي السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص846.

ليجد المورد نفسه مضطرا للرفض علي أساس أن طلب الكميات الإضافية يخرج عن شروط التعاقد فضلا علي أن الأسعار المطروحة للتوريد لا تتناسب مع الأسعار السائدة بالأسواق.

إلا أن الجهة المستفيدة (المستورد) أصرت علي طلبها، وفي محاولة للضغط علي المورد فإنها تقدمت بطلب تسييل خطاب الضمان. هذا الطلب من قبل المستفيد يعد تعسفيا باعتباره يسعي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة قوامها الحصول علي ميزات (الكميات الإضافية من القمح) بطريق الضغط والإكراه[1].

ج. إذا كانت المصالح التى يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر

قوام هذا المعيار الموازنة بين المصلحة التى تعود علي صاحب الحق من ممارسة حقه، وبين الأضرار التى تصيب الغير[2] فإذا كانت المصلحة جدية وترجح الضرر، أو حتى في مستواه كان استعمال صاحب الحق لحقه مشروعا، أما إذا كانت المصلحة التى تعود علي صاحب الحق لا تتناسب مع يصيب الغير من ضرر فإننا نكون أمام حالة تعسف.

ويري الأستاذ المغفور له بإذن الله الدكتور عبد الرازق السنهوري أن هذا المعيار أيضا معيار موضوعي كسابقة يستند إلى سلوك الرجل العادي فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقه علي وجه يضر بالغير ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر.

---

[1] أحمد غنيم، المرجع السابق، ص81.

[2] شوقي السيد، المرجع السابق، ص195.

ورغم أننا لم نجد أنعكاسا لهـذا المعيـار في تطبيقـات التعـسف في الـضمانات المـصرفية المستقلة السابق عرضها، إلا أننا وقفنا علي واقعة في موضوع آخر اعتبر فيها المستفيد من خطاب ضمان متعسفا استناد على رجحان الضرر الذي يصيب الغير علي المصلحة التى يحصل عليها.

وتتلخص الوقائع في أن مؤسسة سورية عامـة (المـستفيدة) وشركـة مـن بـنما (العميـل الآمر (البائع) أبرما عقد بيـع، وصـدر بموجبـه خطـاب ضـمان بحـسن التنفيـذ لـصالح المؤسـسة السورية، من بنك سويسري، وعندما وصلت الشحنة إلى ميناء طرطوس بسوريا إدعـت المؤسـسة السورية أنها غير مطابقة للموصفات، لجأ العميل الآمر للقضاء وطلب تعيين خبير، والـذي شـهد أن العيوب في البضاعة هي في حدود التسامح العقدي بحيث أن طلب تـسييل خطـاب الـضمان من المؤسسة السورية لم يكن مبررا، وحكم أن الطلـب تعـسفي. طعـن المـستفيد أمـام المحكمـة العليا السويسرية والتى رفضت الطعن، وأيدت حكم محكمة الموضـوع التـى اعتـبرت أن طلـب قيمة خطاب الضمان من قبل المؤسسة السورية يعتبر عملا تعسفيا"[1].

نلاحظ أن المؤسسة السورية المستفيدة رمت إلى تحقيق مصالح قليلة الأهميـة بحيـث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الشركة البنمية مـن ضرر فتـسييل خطـاب الـضمان لـتلافي عيـوب بسيطة في البضاعة يحقق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب العميل الآمر مـن ضرر جراء فقدانه لقيمته خطاب الضمان.

ولكن إذا تحقق لتعسف وفقا لأي من هذه المعايير فما هي إثاره علي وجه التحديد.

---

[1] علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص352.

المطلب الثاني

أثار التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

أن الأثر المفترض لتعسف المستفيد في استعمال حقه في طلب تسيل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة، هو تعطيل مبدأ الاستقلال، ودمج عقد الضمان مع علاقة الأساس الموازية لها بحيث يجوز النظر فيها، والتمسك ضد المستفيد بالدفوع المستمدة منها خلافا للأصل، وهو استقلال العلاقات الذي لا يسمح بالنظر خارج عقد الضمانة ونصوصه وذلك لتوفير أكبر قدر ممكن من الثقة في الضمانة حماية للمستفيد[1].

فما مدي جواز القول بهذا الأثر، والاحتجاج بالتعسف لتعطيل مبدأ الاستقلال في الضمانات المصرفية المستقلة (أولاً)، وما أثر ذلك في حال جوازه (ثانياً).

أولا: مدى جواز الاحتجاج بالتعسف

لاشك في أن قوة الضمانة المصرفية المستقلة، وفعإلتها من حيث وجوب صرف مبلغها لدى أول طلب من المستفيد يؤثر بشكل مباشر علي العميل الآمر. حيث أنه هو الذي سيقوم بدفع مبلغها في جميع الأحوال بموجب اتفاق إعادة السداد مع المصرف المصدر كما سبق ذكره، ولذلك فإن له مصلحة ظاهرة في التمسك بأي دفع متاح في سبيل تعطيل مبدأ الاستقلال، والاحتجاج بدفوع علاقة الأساس وصولا إلى منع صرف مبلغ الضمانة للمستفيد.

---

[1] علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، المرجع السابق، ص352.

ولكن هل يعتبر تعسف المستفيد في طلب صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة وفقا لما تناولناه مبررا كافيا للعميل الآمر لتعطيل مبدأ الاستقلال وصولا إلى منع صرف مبلغ الضمانة؟

في حقيقـة الأمـر فـإن اعتبـار التعـسف كمعـوق يمنـع صرف مبلـغ الـضمانة المـصرفية المستقلة ليس محل إجماع كامل من الفقه. حيث يري البعض أن الـدفع بالتعـسف مـن جانـب العميل الآمر يجب الا يقود القاضي إلى إهدار مبدأ الاستقلال، والبحث عن مدي وجود التعسف من خلال العودة لعقد الأساس، والنظر في الغاية منه، ومقارنتها بغاية المستفيد من طلـب صرف مبلغ الـضمانة. فهـذا الأمـر لا يـستجيب لجـوهر مبـدأ الاسـتقلال الـذي تقـوم عليـه الـضمانات المصرفية المستقلة[1].

ولكننا لا نتفق إطلاقا مع وجهة النظر هذه، ولنوضح موقفنا وندعمه بالحجة المنطقية، والتأصيل القانوني ونضع نصب أعيننا التساؤل الآتي:

هل من الجائز القول أن مبدأ استقلال الضمانة المـصرفية المـستقلة عـن عقـد الأسـاس يجب أن يكون مطلقا بحيث حتى لـو اسـتخدمت لأغـراض تـنم عـن سـوء نيـة لا يعطـل مبـدأ الاستقلال فيها؟

نـرى أن الإجابـة لابـد أن تكـون بـالنفي. فكـما أن مبـدأ اسـتقلال الـضمانات المصرفية المستقلة عن العلاقـات المتداخلـة معهـا لا ينبغـي أن يكـون مطيـة للمـستفيد الـذي يرتكـب الغـش كـما سـبق بيانـه في الفـصل الأول مـن هـذا الكتـاب، فـإن ذات الأمـر يقـال بـشأن تعـسف المـستفيد في طلـب صرف مبلـغ الـضمانة، بحيـث أن مبـدأ

---

[1] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، 199 ورغم أن الرأي المنقول عن الـدكتور نبيـل سـعد كـان بـصدد خطاب ضمان إلا أنه يتطابق مع أي عملية ضمان مستقل لاتحاد العلة.

الاستقلال الذي تتميز به الضمانات المصرفية المستقلة لا ينبغي أن يكون ستارا تتخفي وراءه المطالبات التعسفية من قبل المستفيدين. لأن في ذلك تشريعها لسوء النية وهو المسلك الذي تعتبره جميع القوانين متعارضا معها نصا وروحا.

وتأسيسا علي ذلك نرى أن يشرع الباب للعميل الآمر في اللجوء إلى القضاء بطلب وقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للمستفيد متي ثبت بما لا يدع مجالا للشك أن الأخير أساء استعمال حقه في طلب صرف مبلغ الضمانة، واستغل ما تتمتع به من قوة وفعالية علي وجه يتعارض مع مبدأ حسن النية، وهذا ما أتفق عليه الفقه واقتضاء في كثير من دول العالم[1] فالتعسف يعد استعمالا غير مشروع للحق ولابد أن يترتب عليه أثر معين.

ثانيا: أثر ثبوت التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة

عند ثبوت التعسف في جانب المستفيد من الضمانة المصرفية المستقلة لابد أن يلجأ العميل الآمر إلى القضاء ما لم يتمكن من تسوية النزاع مع المستفيد وديا. فاقتضاء الحق بالذات جريمة يعاقب عليها القانون[2]،ووسيلة لجوء العميل الآمر للقضاء في مواجهة تعسف المستفيد من الضمانة، وأثر ذلك يختلف: بحسب ما إذا كان قبل صرف مبلغ الضمانة للمستفيد المتعسف (أ) أم بعد ذلك (ب).

أ. حالة ثبوت التعسف قبل الصرف

قد يعلم العميل الآمر بعزم المستفيد اللجوء إلى البنك بطلب تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة بالمخالفة للغاية المتوخاه منها، وبطريقة تتعارض مع

[1] نجوي كمال أبو الخير، المرجع السابق، ص339.

[2] المادة 287 عقوبات ليبي.

قواعد حسن النية وتتوافر لديه الدلائل الكافية علي ذلك فما الذي يمكن أن توفره أحكام النظرية العامة للتعسف في سبيل حماية العميل الآَمر في هذه الحالة؟

في حقيقة الأمر فإن أحكام النظرية العامة للتعسف تمنح العميل الأمر حماية كبيرة في هذه الحالة، وذلك بما توفره من جزاء وقائي يمكن إعماله في مواجهة المستفيد الذي يسئ استخدامه حقه في طلب تسييل مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة.

والدور الوقائي للتعسف في استعمال الحق بصفة عامة يتجسد في منح القضاء سلطة منع وقوع العمل المتضمن تعسفا في استعمال الحق. وهذا الأمر يعد دورا أصيلا لأحكام نظرية التعسف[1] بل أنه يعتبر من خصوصياتها التى تميزها عن غيرها من نظريات القانون[2]. ويستهدف الجزاء الوقائي "منع صاحب الحق من استعمال حقه إستعمالا ينطوي علي تعسف فيحول بالتالي دون وقوع الضرر" [3].

وتطبيقا لأحكام الجزاء الوقائي للتعسف، وفقا لما تقدم ذكره، علي حالة تعسف المستفيد في الضمانات المصرفية المستقلة، يكون للمحكمة التدخل، ومنع صرف مبلغ الضمانة للمستفيد دفعا للضرر الذي قد يصيب العميل الآمر جراء التعسف. وبهذا يكون الجزاء الوقائي للتعسف بمثابة الدرع (Shield)[4] الذي يحمي مصالح العميل الآَمر ضد أي إساءة من قبل المستفيد في استعمال حقه.

---

[1] أحمد إبراهيم عبد الثواب، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، ط1، دار النهضة العربية، 2006، ص807.

[2] حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنه نشر، ص792.

[3] رشدي، المرجع السابق، ص234.

[4] David Anderson, p. 3.

ولكن يثور التساؤل عن الوسيلة التى يمكن للعميل الآمر اللجـوء إليهـا لتفعيـل الجـزاء الوقائي للتعسف؟

بداية لابد أن يحرص العميل الآمر علي رفع دعـوي موضـوعية يـسعي فيهـا إلى إثبـات تعسف المستفيد، ويرفق بها طلب أمر علي عريضة بمنع البنك من صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقلة للمستفيد وإيداعه في حساب مجمد (Blocked account) ريـثما يفـصل موضـوعيا في مسألة تعسف المستفيد.

فإذا ثبت التعسف في جانب المستفيد أصبح منع الـصرف دائمـا ويحـق للعميـل الآمـر إسترجاع مبلغ الضمانة من الحساب المجمد إلى حسابه إن كان مقتطعا منه، أو الاستفادة منه في عملية تجارية أخري إن كان المبلغ عبارة عن ائتمان من البنـك. كـل ذلـك وفقـا لمـا يـنص عليـه اتفاق إعادة السداد بين البنك وبين عميله الآمر. أمـا إذا تبـين أن المـستفيد كـان يـستخدم حقـه ضمن حدود الغائية حق له تلقي مبلغ الضمانة مع التضمينات إن كان لها وجه.

واللجـوء إلى طريـق الأوامـر عـلي عـرائض (لتفعيـل الجـزاء الوقـائي) لمنـع صرف مبلـغ الضمانة المصرفية المستقلة للتعسف تبرره الرغبة في إيجاد حماية سريعة تمكّن العميل الآمر مـن المحافظة علي حقوقه لاسيما وأن نص المادة 293 من قانون المرافعات الساري حإلىا لا يمنـع مـن ذلك كما رأينا تماما بخصوص حالة الغش في الضمانات المصرفية المستقلة.

ولاشك أن الجزاء الوقائي للتعسف متى أمكن للعميل الآمر اللجوء إليه يوفر له حمايـة فعالة في مواجهة تعسف المستفيد. بيد أن استخدامه لن يكون متاحا إذا تم صرف مبلغ الضمانة للمستفيد المتعسف. فهل من أثر علاجي للتعسف؟

ب. حالة ثبوت التعسف بعد الصرف

باعتبار أن المدة الزمنية التى تفصل بين تقـديم طلـب صرف مبلـغ الـضمانة المـصرفية المستقلة من قبل المستفيد وبين وجوب البث في هذا الطلب الذي غالبا ما ينتهي بتسييل المبلـغ المإلى للمستفيد، يجب إلا يتجاوز خمسة أيام عمل بخصوص الاعتمادات المستندية، وسبعة أيـام عمل بخصوص خطابات الضمان[1] فإن من المتصور أن يـصل مبلـغ الـضمانة للمـستفيد قبـل أن يتمكن العميل الآمر من تفعيل الجزاء الوقائي بمنع صرف مبلغها للمستفيد المتعسف، هذا الأمـر يضر بالعميل الأمر ويؤدي إلى خسارته لمبلغ الضمانة باعتباره الملزم بدفعه في جميع الأحوال.

في هذه الحالة أيضا تضع أحكام النظرية العامة للتعـسف حـلا علاجيـا يمكـن للعميـل الآمر اللجوء إليه لتجـاوز أيـة خـسارة ألمـت بـه جـراء صرف مبلـغ الـضمانة المـصرفية المـستقلة للمستفيد المتعـسف. ويتمثـل هـذا "الحـل العلاجـي" في حـق المطالبـة بـالتعويض عـن الأضرار الناجمة عن الصرف التعسفي لمبلغ الضمانة".

وتأسيسا علي ذلك يكون للعميل الآمر الحق في رفـع دعـوى قـضائية وفقـا للإجـراءات المعتادة لطلب التعويض عن استعمال المستفيد التعسفي لحقه في صرف مبلغ الضمانة لمـصرفية المستقلة. ويقدر هذا التعويض وفقا للقواعد العامة ليستحق العميل الآمر ما لحقه مـن خـسارة (مبلغ الضمانة)، وما فاته من كسب.

وتخضع دعوي العميل الآمر ضد المستفيد في هذه الحالة لأحكام دعـوي المسئولية التقصيرية. وذلك باعتبار أن العمل التعـسفي يعـد "خطـأ سـبب ضررا

---

[1] قواعد غرفة التجارة الدولية المتعلقة بخطابات الضمان والاعتمادات المستندية.

لغير" بحسب الرأي السائد، والذي قضت به محكمة النقض الفرنسية[1]، ومن بعدها نظيرتها المصرية[2].

كما أن عقد الضمانة المصرفية المستقلة يجمع بين المستفيد، وبين البنك المصدر كما أسلفنا، ويعتبر العميل الآمر نتيجة لذلك من الغير فإذا تضرر من إساءة استعمال المستفيد لحقه فترد هذه الإساءة وفقا لأحكام دعوي المسئولية التقصيرية.

ويترتب علي ذلك خضوع دعوى التعسف لذات الأحكام المنظمة لدعوى المسئولية التقصيرية لاسيما فيما يتعلق بالاختصاص والتقادم.

---

[1] David Anderson, Ibid, P. 3.

[2] نقض مدني مصري رقم 15/101ق بتاريخ 1946/1/28، أشار إله: خالد شهاب، المرجع السابق.

الخاتمـــة

عرضنا في صفحات هذا الكتاب للمعوقات التى تعترض فاعلية الضمانات المصرفية المستقلة. ورأينا أن غش المستفيد أو تعسفه في استعمال حقه الممنوح له بموجب هذه الضمانات لابد أن يرتب نتائج معينة، وإن كان هناك من ثمرة لهذا العرض فإننا سنحاول تقديمها للقارئ من خلال نتائج مستخلصة، وتوصيات مقترحة.

<u>فبالنسبة للنتائج:</u>

- اتضح لنا أن الضمانات المصرفية المستقلة تحظى بقوة وفعالية، واستقلال بين عن عقود الأساس المضمونة جعلت منها أداة جوهرية في ضمان حسن تنفيذ العقود خدمة للتجارة الدولية. إلا أن هذه الفعالية، والقوة والاستقلال لا ينبغي أن تجعل من هذه الضمانات بمنأى عن نطاق سلطان المؤسسات القانونية التقليدية (نقصد بالمؤسسات هنا الأفكار والمبادئ) التى تحارب سوء النية في التصرفات القانونية حيث أن مبدأ الاستقلال الذي تتميز به الضمانات المصرفية المستقلة لم يعصمها من أثار الغش والتعسف بحيث إذا تم استغلال قوة هذه الضمانات، واستقلالها بطريق الغش، أو إذ أسي استعمال الحق في صرفها لابد أن تكون هناك آثار قانونية معينة تتمثل كما رأينا في وقف صرف مبلغ المصرفية المستقلة، ومن هذه الزاوية يعتبر التعسف، والغش معوقين للضمانات المصرفية المستقلة.

- رغم أن المحاكم الليبية لم تتصد، بحسب علمنا، لنازلة متعلقة بأحد معوقات الضمانات المصرفية المستقلة، إلا أن القضاء المقارن اعترف بهذه المعوقات منذ أربعينات القرن الماضي وفقا لما تناولناه عند دراسة موقف القضاء الأمريكي من الغش. بينما بدأ الاعتراف بالتعسف كمعوق للضمانات المصرفية المستقلة في ثمانينات القرن الماضي في عدد من الدول التى تتبني النظام اللاتيني.

- كما انتهينا أيضا إلى الفصل بين الغش في الضمانات المصرفية المستقلة من جهة، وبني التعسف من جهة أخري باعتبار أن كلا منهما معوقا مستقلا يتميز بمفهوم خاص وبعض الآثار الخاصة التى تميزه عن الآخر، خلافا لما ذهب إليه بعض الفقه وكثير من الأحكام القضائية.

- وأتضح لنا أيضا أن عمليات الغش تقع بصورة أكبر في الاعتمادات المستندية منها في خطابات الضمان. حتى أن معظم الأحكام القضائية، ولعل ذلك راجع إلى ما تتميز به الاعتمادات المستندية عن خطابات الضمان من ناحية ارتباطها بعدد من المستندات والتى تمثل مجالا خصبا لعمليات التزييف والتزوير، وبالمخالفة لذلك فإن حالات تعسف المستفيد تظهر بصورة واضحة في خطابات الضمان تولد حقا مباشرا للمستفيد في مواجهة البنك بصرف مبلغها. وبالتالي فإن هذا الحق عرضة للاستعمال بصورة تعسفية. أما الاعتمادات المستندية فهي كما ذكرنا وسيلة لضمان اقتضاء الثمن بناء علي تقديم مستندات معينة، من أجل ذلك فنادرا ما تكون موضعا للتعسف.

أما بخصوص التوصيات فنلخص إلى ما يلي:

- نهيب بغرفة التجارة الدولية أن تعترف بالغش، والتعسف باعتبارهما معوقين للضمانات المصرفية المستقلة، وأن تضع لهما أحكاما ضمن كل من القواعد والأعراف الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية، وتلك الخاصة بخطابات الضمان. وأن تحيل في تحديد مفهوم الغش، والتعسف المؤثرين علي استقلالهما لقانون الدولة التى يرتكب فيها الغش، أو يحصل فيها السلوك التعسفي.

- كما نهيب بالمشرع الليبي بأن يضع تنظيما لخطابات الضمان والاعتمادات المستندية ضمن المدونة التجارية، وأن يحيل فيما لم يرد به نص إلى قواعد غرفة التجارة الدولية ذات العلاقة، ويستحسن أيضا وضع نصوص خاصة بالغش والتعسف، وتحديد أثارهما علي كل من خطابات الضمان والاعتمادات المستندية.

قائمة الـمراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1. أحمد إبراهيم عبد الثواب، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحـق الإجـرائي، ط1، دار النهضة العربية، 2006.
2. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط10.
3. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط15، 1990.
4. أحمد أبو زقية، قانون المرافعات، منشورات جامعة قاريونس، ط1، 2003.
5. الكوني اعبـودة، التنفيـذ الجـبري، المركـز القـومي للبحـوث والدراسـات العلميـة، ط1، 2003.
6. الكوني علي عبود، النشاط القضائي، المركز القـومي للبحـوث والدراسـات العليمـة، ط1، 1998.
7. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، بدون طبعة، منشأة المعارف، بدون سنه نشر.
8. فتحي وإلى، الوسيط في قانون الفضاء المدني، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 2008.

9. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون طبعة.

10. محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، ج1، ط3، 2001.

11. محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط4، 2003.

12. محمد رشدي، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، بدون ط، 1991.

13. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، ط3، 2003.

14. مصطفي هرجه، أحكام وآراء في القضاء المستعجل، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، بدون طبعة، 1989.

ثانيا: الكتب المتخصصة

1. أحمد غنيم، خطابات الضمان إطار متكامل نظريا، عمليا، وقانونيا، بدون طبعة، 2008.

2. الأطرش محمد، الضمانات البنكية المستقلة في عقود التجارة الدولية، منشورات كلية العلوم القانونية، مراكش، 1996.

3. جورجيت عبد قليني، مبدأ الاستقلال في الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 1992.

4. رضا السيد عبد الحميد، التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية، ط2، 2007.

5. عباس مصطفي المصري، عقد الاعتماد المستندي في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة للنشر، بدون طبعة، 2005.

6. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ط2، 2007.

7. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 1989.

8. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2007.

9. محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، 1987، جزءان.

10. محي الدين إسماعيل علم الدين، مجموعة قواعد الضمانات الدولية، بدون طبعة، 2006.

11. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، بدون ناشر، بدون طبعة، 2000.

12. ياقوت العشماوي، وبطرس صليب، الاعتماد المستندي من المنظور العملي، المركز العربي للصحافة، بدون طبعة، 1984.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. **جديع وهطان الجروي القحطاني**، استخدام تقنيـة الاعـتمادات المـستندية في عمليـات غسيل الأموال، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2005.

2. **حياة محمـد شـحاته**، مخـاطر الائـتمان في البنـوك التجاريـة، رسـالة دكتـوراه، جامعـة القاهرة، 1989.

3. **حاتم محمد عبد الرحمن**، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيـذها، رسالة ماجستير، جامعة عين شمس، الناشر دار النهضة العربية، 2003.

4. **زينب السيد سلامة**، دور البنوك في الاعتمادات المستندية من الوجهة القانونية، رسـالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1967.

5. **عادل إبراهيم السيد**، مدي استقلال التزام البنك في خطابا الضمان والاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.

6. **عصام فايد محمد**، مسئولية البنك في فحص المستندات في الاعـتماد المـستندي، رسـالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

7. **علي الأمير إبراهيم**، التزام البنك بفحص المستندات بالنسبة للاعـتمادات المـستندية في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2002.

8. **شوقي السيد**، معيار التعسف في استعمال الحق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979.

رابعا: البحوث والمحاضرات

1. الكوني اعبوده، محاضرات غير منـشورة في التنفيـذ الجـبري، ألقيـت عـلي طلبـة الـسنة الرابعة للعام الجامعي، 2006 ـ 2007.

2. الحبيب خليفه جبودة، محاضرات في القانون المصرفي، ألقيت علي طلبة القانون الخاص بدبلوم الدراسات العليا، العام الجامعي 2008/2007.

3. خليل قدارة، نظرات في نظريـة التعـسف في اتعـمال الحـق، مجلـة القـانون والقـضاء. منشورات ديوان الفتوي والتشريع، 2003.

خامسا: الأحكام القضائية

1. خالد شهاب، موسوعة أحكام، ومبادئ النقض، ج1، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، بدون طبعة، 2008.

2. سعيد شعلة، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف، 1999.

3. مجلة المحكمة العليا الليبية، العدد الثالث والثلاثون.

4. مجلة المحكمة العليا الليبية، العدد الرابع.

5. مجلة المحكمة العليا الليبية، العدد الرابع عشر.

سادسا: المراجع الأجنبية

Books:

1. Beth Waiston Dunham، *Introduction to Law*، (4th edition. Thomson 2004).
2. Craig W Smith، *Law and Banking* (American Bankers Association 1992).
3. Xiang Gao، *The Fraud Roles in the Law of Letters of Credit*: *A comparative study* (Kiwer Law International 2002).

Articles and Research Papers

1. David Anderson، *Abuse of Rights*، (Alba Conference، Cambridge، 29 July، 2006).
2. Bassil Coutsoudis، *Letters of Credit in International Trade* (Basil Coutsoudis and Associates، 2012)
3. Barru David، 'How to Guarantee Contractor Performance on International Construction Projects: Comparing Surety Bonds with Bank Guarantees and Standby Letters of Credit' (2005) *The George Washington International Law Review*
4. Chung-Hsin-Hsu. 'The Independence Of Demande Guarantee' *National Taiwan University Law Review*، (2008).

5. Guy. W. Smiith، 'Irrevocable Letter Of Credit And The Third Party Fraud'، *Virginia Journal Of International Law* (1984).

6. Jeffrey.J. Brown، 'The Fraud Exception To Stand By Letter Of Credit'، *Bond University Law Review* (1998).

7. JF Dolan، 'Letters of Credit: A Comparison of UCP 500 and the New US Article 5'، *Journal of Business Law*

8. Paul.S. Turner، 'Stand By Letter Of Credit' *California Bar Journal* (2002).

9. Xiang Cao، 'The identity of the fraudulent party under the fraud rule in the law of letters of credit'، *UNSW Law Journal* (2001).

Other Publications

1. *ICC Uniform Rules for Demand Guarantee*، ICC Publiàation No. 485/1993.

2. *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credit*، ICC Publication No.600/2007.

3. Year book of the United Nation Commission On International Trade Law 1999، vol، xx 11 .

المحتويات

الموضـــــــــــــــوع	الصفحة
المقدمـــة	5
المبحث تمهيدي: الملامح العامة للضمانات المصرفية المستقلة	9
المطلب الأول: مفهوم الضمانات المصرفية المستقلة	9
أولاً: تحديد مضمون الضمانات المصرفية المستقلة	9
ثانيا:أساس استقلال الضمانات المصرفية المستقلة	12
أ/تحليل الروابط:	13
ب/مبرر الاستقلال:	14
ثالثاً:الروابط المشتركة للضمانات المصرفية المستقلة:	15
المطلب الثاني: تطبيقات الضمانات المصرفية المستقلة	17
أولاً/ تحديد تطبيقات الضمانات المصرفية المستقلة:	17
أ/خطابات الضمان:	17
ب/الاعتمادات المستندية:	20
ج/ارتباط خطاب الضمان بالاعتماد المستندى:	21
ثانياً/التنظيم التشريعي للضمانات المصرفية المستقلة:	22
أ/خطابات الضمان:	22
ب/الإعتمادات المستندية:	24
ثالثا/آلية عمل الضمانات المصرفية المستقلة:	25
رابعاً/ صياغة عقود الضمانات المصرفية المستقلة:	27

الفصل الأول

الغش في الضمانات المصرفية المستقلة 29

المبحث الأول: محددات الغش في الضمانات المصرفية المستقلة 33

المطلب الأول: مفهوم الغش في الضمانات المصرفية المستقلة 33

أولا: تعريف الغش 34

ثانيا: شروط الغش 38

ثالثا: إثبات الغش 43

المطلب الثاني: نطاق الغش في الضمانات المصرفية المستقلة 50

أولا: الاتجاه المضيق (The Narrow Approach) 50

أ. مضمون الاتجاه المضيق 50

ب. تبرير هذا الاتجاه 52

ثانيا: الاتجاه الموسع (The Broad Approach) 53

أ. مضمون الاتجاه الموسع 53

ب. تبرير الاتجاه الموسع 54

ثالثا: الرأي المختار 55

المبحث الثاني: أثار الغش في الضمانات المصرفية المستقلة 59

المطلب الأول: وقف صرف مبلغ الضمانة المصرفية المستقل 60

أولا: صور وقف الصرف 60

أ. الامتناع الاختياري 60

ب. المنع القضائي 66

ثانيا: التطبيقات القضائية المقارنة 72

المطلب الثاني 78

وقف صرف الضمانة المصرفية في القانون الليبي 78

أولا: اللجوء إلى هيئة التحكيم 79
ثانيا: اللجوء إلى حجز ما للمدين لدي الغير 81
ثالثا: اللجوء إلى القضاء المستعجل.. 83
رابعا: اللجوء إلى القضاء الولائي (الأوامر علي عرائض) 88
الفصل الثاني
التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة.. 93
المبحث الأول: محددات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة......................... 97
المطلب الأول: مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة وعلاقته بالغش 97
أولا: مفهوم التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة.................................. 98
ثانيا: العلاقة بين التعسف وبين الغش في الضمانات المصرفية المستقلة.................. 106
المطلب الثاني: صور التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة........................... 112
أولا: تعسف المستفيد 112
ثانيا: تعسف البنك في الضمانات المصرفية المستقلة 115
المبحث الثاني: تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة وآثاره.................. 121
المطلب الأول: تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة 121
أولا: عرض التطبيقات... 122
ثانيا: دراسة تطبيقات التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة في ضوء المادة الخامسة
مدني ليبي:.. 132
المطلب الثاني: أثار التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة 138
أولا: مدى جواز الاحتجاج بالتعسف 138
ثانيا: أثر ثبوت التعسف في الضمانات المصرفية المستقلة 140
الخاتمـــة 145
قائمة الـمراجع... 148

The Impediments to the Independent Banking Guarantees: a Comparative Analysis of the Implications of Fraud and Abuse of Right on the Effectiveness of the Irrevocable Letters of Credit and Letters of Guarantee

Dr. Ezieddin Elmahjub

Lecturer at the Law School، the University of New England، Australia

Executive Summary

This book is an updated version of my research thesis، which was approved with high distinction at the Department of Civil Law in Tripoli University. The research studies two important mechanisms to guarantee the payment and performance of the contractual obligations in international trade، namely the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. I analyse the challenges that may face these two mechanisms in Libya and beyond and conclude that there are two main obstacles that may impact the effectiveness of these mechanisms، namely fraud and abuse of rights.

The effectiveness of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee stems from their independence from the underlying contracts that they are created to support. Independence here means that the relevant contracting party is guaranteed to receive payment، upon request، regardless of any developments that may occur in the underlying contract. However، if it was proven that the beneficiary from these documents is committing fraud or abuse of right، then the bank is entitled to refuse to disburse the sums associated with the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee to

the unscrupulous beneficiary. Contrary to the principle of independence، the aggrieved party، will be entitled to resort to pleas derived from the underlying contract. The aggrieved party may request from the nominated bank to cease the disbursement of the amount of the letter of guarantee or the irrevocable letter of credit to the beneficiary who commits fraud or abuses his right.

This book is a practical guide for the judiciary and bankers in Libya to understand the legal challenges associated with the operation of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. It specifically defines the scope of fraud and abuse of rights in relation to these mechanisms. The study is supported by an extensive analysis of comparative judicial precedents from the United States، United Kingdom and the judgements of several courts in France، Germany، Netherland and others civil law jurisdictions. Additionally، it provides specific guidelines for banks and lawyers regarding the most efficient procedural measures to combat fraud and abuse in these two important banking transactions. This book، therefore، is an important contribution to the legal library in Libya، which significantly lacks a research of this sort.

Furthermore، the importance of this book goes beyond the Libyan context. It is one of a very few studies that refers to the abuse of the right to claim the amounts of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee as a challenge to their effectiveness. Most studies refer to fraud in documentary credits as the most important issue affecting the independence of the irrevocable documentary credits. However، this study shows that it is conceivable، particularly in civil law jurisdictions، that the beneficiary from the letters of guarantee would maliciously abuse the right to claim the funds from the nominated bank. For instance، the beneficiary may abuse its right in the letters of guarantee to obtain additional benefits from the other party to the underlying contract. It is also conceivable that the nominated bank may abuse its right to apply the rules of strict compliance in irrevocable letters of credit and refuse payment to the beneficiary.

This study sought to conceptualise fragmented principles and ideas regarding fraud and abuse of rights derived from comparative judicial applications and jurisprudence. The aim is to frame these principles and ideas in a cohesive way that applies to Libya and similar jurisdictions in North Africa. I

have considered، in presenting this research، the study of each obstruction to the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee separately. Fraud and abuse of right are covered in two different sections while an introductory chapter puts the research into context.

The Introductory Chapter studies the general features of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. It situates these two mechanisms into the concept of the independent banking guarantees. It also defines the scope of the principle of independence in both of these mechanisms and its various manifestations. After that، the research moves to specify the practical applications of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. **The Introductory Chapter** then discusses the customary rules governing the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee as embodied in the recent relevant publications of the International Chamber of Commerce. It concludes by determining the practical method of drafting the contracts of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee.

First Section is entitled "the Specifications of Fraud in the Irrevocable Documentary Credits and the Letters of Guarantee". It studies fraud as the main obstruction to the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. This section is divided into two chapters.

Chapter One starts with defining the scope of the concept of fraud in the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. It identifies the requirements to establish it and the procedural methods to prove its existence.

Chapter Two analyses the implications of fraud on the efficiency of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. Firstly، fraud will entitle the nominated bank to refuse to release funds to a fraudulent beneficiary. Fraud can also be a basis for judicial intervention upon request from the aggrieved party. Secondly، the aggrieved party has few judicial mechanisms under the Libyan law to cease the disbursement of the amount of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. The research identifies four means to be available to the aggrieved. These include a) resorting to the arbitration panel، if the underlying contract stipulated on the arbitration condition، b) resort to the garnishment، c) resort to summary courts، or d) judgments

writs. It was concluded that the last method، which is referred to in Article 293 of the Libyan Civil Procedures Law may be is the most appropriate course of action for the aggrieved party.

The Second Section is entitled "the Abuse of Right in the Independent Banking Guarantees". It studies the other challenge that may face the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee، namely the abuse of the right to claim the sums of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. This section is divided into two chapters.

Chapter Three covers the events in which the beneficiary from the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee may abuse its right of requesting the release of the associated amounts. It studies the concept of abuse of right، determines its elements، and discusses the relationship between the abuse of right and fraud by illustrating the differences and similarities between both of them.

The Chapter also covers the general rules of abuse of right under Libyan laws and other relevant Civil Law jurisdictions. It applies the general principles of the abuse of right to the

conduct of the beneficiary from the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. The objective is determining the cases in which the beneficiary can be deemed abusive as well as the implications of the abuse once it is proven.

Chapter Three also identifies the forms of abuse of right in the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. It concludes that the abuse of right may occur in two forms. The first form is represented in the beneficiary's abuse of its right in claiming the amount of the guarantee in circumstances that lead a reasonable person to conclude that the beneficiary is seeking to inflict harm on the other party. The second form is represented in the bank's abuse of its right of refusal on the basis of the strict compliance principle، where there is a simple contradiction among the required documents for releasing the amount associated with the irrevocable documentary credits.

Chapter Four studies the applications of the abuse of right in the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. These applications are supported by a comparative analysis of judicial precedents in Civil Law jurisdictions. In addition to the Article five of the Libyan Civil Law، which

regulates the rules of abusing the right. **Chapter Four** concludes by illustrating the implications of the abuse of right in the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. These implications relate mainly to a few protective measures that can be applied to respond to an abusive beneficiary or bank.

This research has an overriding conclusion. Respecting the principle of independence of the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee must not be an obstruction against the protective effects that are provided by the rules of fraud and abuse of right. Insofar as fraud or abuse is established، all necessary measures، judicial or otherwise، must be taken to deter the wrongdoer and protect the innocent party.

The book urges the International Chamber of Commerce to recognise fraud and abuse of right as two serious obstructions for the irrevocable documentary credits and the letters of guarantee. It recommends that both fraud and abuse of right to be included among its rules. This approach has the potential to promote good faith in the operation of these two vital instruments for contracts in the of international trade.

معوقات
الضمانات المصرفية المستقلة

دراسة تحليلية مقارنة في اثر الغش و التعسف على فعالية
الإعتمادات المستنديه و خطابات الضمان









